

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA SOCIAL DAS RELAÇÕES
POLÍTICAS**

AMÉRICO SOARES MIGNONE

**A HISTÓRIA DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL:
A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO E A
EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NOS PRIMEIROS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

**VITÓRIA
2018**

AMÉRICO SOARES MIGNONE

**A HISTÓRIA DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL:
A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO E A
EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NOS PRIMEIROS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em História.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Pimentel Franco

VITÓRIA

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Bibliotecária: Perla Rodrigues Lôbo – CRB-6 ES-000527/O

M636h Mignone, Américo Soares, 1980-
A história da saúde como direito fundamental no Brasil : a atuação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e a efetivação da cidadania nos primeiros 25 anos da Constituição Federal de 1988 / Américo Soares Mignone. – 2018.
203 f. : il.

Orientador: Sebastião Pimentel Franco.
Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais.

1. Brasil. Constituição (1988). 2. Espírito Santo (Estado). Tribunal de Justiça. 3. Saúde - História. 4. Direitos fundamentais – Brasil. I. Franco, Sebastião Pimentel, 1957-. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Humanas e Naturais. III. Título.

CDU: 93/99

AMÉRICO SOARES MIGNONE

**A HISTÓRIA DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL:
A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO E A
EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NOS PRIMEIROS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em História.

Aprovada em de de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Sebastião Pimentel Franco
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Profª Drª Adriana Pereira Campos
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. André Luís Lima Nogueira
Fundação Oswaldo Cruz

Profª Drª Maria Cristina Dadalto
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Ueber José de Oliveira
Universidade Federal do Espírito Santo

Deus seja louvado por permitir a realização deste trabalho. A Ele dedico tudo o que construí. A Ele toda a honra e toda a glória.

Dedico também a realização deste projeto aos meus filhos Rafael e Isabela, e à minha esposa Fabiana, que comigo trabalharam e realizaram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que em seu infinito amor e misericórdia, permitiu a realização deste trabalho, conferindo-me saúde, paz, força, equilíbrio, determinação e conhecimento para suportar a jornada árdua, mas gratificante, a que me submeti para tanto.

Agradeço à minha família — meus filhos Rafael e Isabela e minha esposa Fabiana. Obrigado, com toda a gratidão possível, pela compreensão, ajuda e pelo incentivo que sempre me dedicaram; obrigado por me amarem e me perdoarem pelos momentos de ausência, com o olhar, os gestos, os sorrisos, as palavras ou o silêncio. Obrigado por abdicarem de momentos e coisas importantes e se esforçarem pela realização deste projeto conjunto. Obrigado por me sustentarem com tanto amor.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Sebastião Pimentel Franco, pela oportunidade, amizade, dedicação, paciência, correção, pelo incentivo e exemplo. Obrigado por me servir de prova de que a educação é o melhor caminho para construção da sociedade que pretendemos. Sem você, Professor Sebastião, nada disso teria sido possível. Obrigado!

Agradeço aos professores Sérgio Marlow, Adriana Pereira Campos e Patrícia Maria da Silva Merlo, André Luís Lima Nogueira e Simone Santos Silva, pelo conhecimento que me proporcionaram ao ministrarem, respectivamente, as disciplinas “Imigração no Espírito Santo”, “Abordagens e Métodos em História Social e Política” e “História e Historiografia das Artes de Curar e das Doenças”, no curso de Mestrado em História da Universidade Federal do Espírito Santo, fundamentais para elaboração deste trabalho.

Agradeço aos componentes da Banca de Qualificação, professores Sebastião Pimentel Franco, Maria Cristina Dadalto e Ueber José de Oliveira, que me auxiliaram na avaliação do meu trabalho durante sua composição, indicando-me correções e diretrizes essenciais para sua continuidade e conclusão de maneira adequada.

Agradeço, antecipadamente, aos professores Sebastião Pimentel Franco, Adriana Pereira Campos, André Luís Lima Nogueira, Maria Cristina Dadalto e Ueber José de Oliveira, membros da Comissão Examinadora desta dissertação, pela gentileza de

aceitarem o ofício, pelas colaborações e pelos conhecimentos que agregaram a este trabalho.

Agradeço, por fim, a todos os servidores lotados no Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGHIS/UFES), pela disponibilidade, orientação e pelo atendimento sempre gentil e eficiente que me dedicaram ao longo desta jornada.

RESUMO

O trabalho em apresentação tem por finalidade conhecer, analisar, debater e apresentar a alçada histórica da saúde ao patamar de direito fundamental no Brasil, tomando como ambiente de estudo o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e sua atuação como órgão garantidor dos direitos constitucionais em âmbito regional. A pesquisa se concentra nos primeiros 25 anos de vigência da Constituição brasileira de 1988, contracenando, porém, com o caminho histórico da saúde até ser consagrada como direito fundamental no Brasil, o que possibilitará conhecer as razões e acontecimentos que ensejaram a elevação desse direito, como também verificar sua efetivação por meio da atuação do Judiciário capixaba. Busca-se apresentar a recepção e o entendimento dessa garantia constitucional pela magistratura regional, bem como a atuação dos desembargadores capixabas nos processos relacionados com a matéria e seus reflexos sobre a sociedade espírito-santense, realizando o necessário registro historiográfico.

Palavras-chave: História da Saúde. Direito Fundamental à Saúde. Constituição Federal de 1988. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

The proposal of this presentation is to know, analyze, discuss and to show up the historical health care per Brazil's fundamental right. Studies based on Court of Justice's ambience of the State of Espírito Santo and its role as guarantor of constitutional rights at the regional ambit. The research focuses on the first 25th of the Brazilian Constitution of 1988, however, in keeping with the historical health path until it is enshrined as a fundamental right in Brazil, which will enable us to know the reasons and events that led the elevation of this right, as well as verify that effectiveness through acting of the Espírito Santo's Judiciary. It seeks to present the reception and understanding of this constitutional guarantee by the regional magistracy, as well as chief judges's acting in this processes related to the matter and reflections on Espírito Santo's society, accomplishing the necessary historiographic record.

Keywords: Health History. Health's Fundamental Right. Federal Constitution of 1988. Court of Justice of the Espírito Santo. Health's Judicialization.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|-----------|--|
| AGU | Advocacia Geral da União |
| ANS | Agência Nacional de Saúde |
| CE | Constituição Estadual |
| CEM | Campanha de Erradicação da Malária |
| CEME | Central de Medicamentos |
| CF | Constituição Federal |
| CID | Classificação Internacional de Doenças |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CONASS | Conselho Nacional de Secretários de Saúde |
| COSEMS/ES | Colegiado de Secretarias Municipais de Saúde do Espírito Santo |
| DATAPREV | Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social |
| DNSP | Departamento Nacional de Saúde Pública |
| FUNRURAL | Programa de Assistência ao Trabalhador Rural |
| INPS | Instituto Nacional de Previdência Social |
| LOPS | Lei Orgânica de Previdência Social |
| MPAS | Ministério da Previdência e Assistência Social |
| NAT | Núcleo de Assessoramento Técnico ao Poder Judiciário |
| PPGHIS | Programa de Pós-Graduação em História |
| OMS | Organização Mundial da Saúde |
| SALTE | Saúde, Alimentação, Transporte e Energia |
| SAMDU | Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |
| SUS | Sistema Único de Saúde |
| TJES | Tribunal de Justiça do Espírito Santo |
| UFES | Universidade Federal do Espírito Santo |
| UTI | Unidade de Tratamento Intensivo |

LISTA DE TABELAS E GRÁFICOS

TABELAS

| | |
|--|-----|
| Tabela 1 – Números exemplificativos de ações do SUS | 125 |
| Tabela 2 – Crescimento do número de processos por assunto no governo federal | 143 |
| Tabela 3 – Crescimento do número de processos judiciais no governo federal..... | 144 |
| Tabela 4 – Gastos da União com a judicialização da saúde | 144 |
| Tabela 5 – Acórdãos do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, relacionados com o Direito da saúde | 164 |

GRÁFICOS

| | |
|---|-----|
| Gráfico 1 – Número de processos relacionados com o direito da saúde, movidos contra o Estado do Espírito Santo..... | 146 |
| Gráfico 2 – Gastos do governo do Estado do Espírito Santo com a judicialização da saúde | 146 |
| Gráfico 3 – Total de processos judiciais relacionados à judicialização da saúde no Brasil | 147 |
| Gráfico 4 – Número de pareceres técnicos emitidos pelo NAT anualmente em processos contra o Estado do Espírito Santo | 159 |

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 DE ASPIRAÇÃO HUMANITÁRIA A DIREITO FUNDAMENTAL: TRAÇOS DA HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL, ENTRE O IMPÉRIO E A REPÚBLICA DE 1988 | 17 |
| 2.1 A SAÚDE NO IMPÉRIO BRASILEIRO..... | 19 |
| 2.2 A SAÚDE NO PERÍODO REPUBLICANO BRASILEIRO ANTERIOR A 1988.... | 24 |
| 2.2.1 Da Primeira República ao Estado Novo | 24 |
| 2.2.2 Da redemocratização de 1945 à ditadura de 1964-1985..... | 37 |
| 2.3 A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988..... | 47 |
| 3 ATRAVÉS DA HISTÓRIA, CONSAGRADA COMO DIREITO: A INTERDISCIPLINARIDADE DA POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA | 59 |
| 3.1 A SAÚDE PARA A HISTÓRIA..... | 60 |
| 3.2 A SAÚDE PARA O DIREITO..... | 70 |
| 3.3 A INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE HISTÓRIA E DIREITO NO ESTUDO DA SAÚDE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL..... | 80 |
| 4 A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: A SAÚDE COMO EXPRESSÃO DE CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 | 94 |
| 4.1 NOÇÕES GERAIS DE CIDADANIA..... | 95 |
| 4.2 CIDADANIA E SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 | 109 |
| 5 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO, A SAÚDE E A CIDADANIA NOS PRIMEIROS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... | 127 |
| 5.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE | 128 |
| 5.2 APONTAMENTOS GERAIS SOBRE A HISTÓRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO..... | 154 |
| 5.3 O TRIBUNAL, A SAÚDE E A CIDADANIA..... | 160 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 189 |
| REFERÊNCIAS..... | 195 |

1 INTRODUÇÃO

No Brasil do século XX, a saúde, bem desejado pela sociedade, teve acentuada ampliação na organização estrutural da nação, atingindo seu ponto máximo com a elevação ao patamar de direito fundamental, operada pelo art. 6º da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

Até esse acontecimento, a luta dos brasileiros pela consolidação da saúde como “direito natural” e pela garantia de sua provisão pelo Estado prosseguia, porém firmada em base legislativa que, embora reconhecesse tal direito, lhe atribuía peso menor (não fundamental), caráter discricionário (realizável de acordo com as conjunturas de governo ou com a realidade de cada caso) e realização cooperada (obrigação do Estado e da família — direito previdenciário condicionado ao pagamento de contribuição).

O Poder Judiciário atuava como órgão de fiscalização da saúde dentro dessas balizas, não tinha poder absoluto de determinar em seu favor, não era garantidor supremo de sua realização; o ponto de referência da sociedade era o Governo e sua intenção/capacidade de prover. A partir da consagração da saúde como direito fundamental da nação brasileira, o Poder Judiciário nacional, responsável pela garantia da ordem constitucional e pela manutenção do Estado, nos termos em que nela foram estabelecidos, adquiriu poder supremo para garantir a realização da saúde em benefício da sociedade, sob pena de, assim não agindo, permitir e compactuar com a falência do Estado pela violação de sua estrutura organizacional.

Investido de novos poderes constitucionais, o Judiciário brasileiro iniciou sua função de assegurar a prestação da saúde nos casos que lhe eram submetidos, impondo àqueles com a obrigação de preservá-la ou provê-la — seja Poder Público, seja particular — as ações necessárias à realização desse direito fundamental, não obstante as condições adversas que se apresentassem como eventual empecilho (priorização de outras políticas públicas, falta de orçamento, obrigação de terceiros etc.). Movimento consequente, a sociedade deixou de aguardar a atuação voluntária do Governo e passou a buscar intervenção e garantismo do Poder Judiciário.

Esse fenômeno constitucional, social, ideológico e institucional, que revolucionou a estrutura e o funcionamento do Estado verificado até 1988, que deu vez, voz e participação imediatas à população na execução das políticas de saúde, em nível que chegou ao limite da separação dos Poderes definida pela própria Constituição (Executivo, Legislativo e Judiciário), constituiu movimento de tão grande relevância que recebeu de pesquisadores e estudiosos do tema, das mais diversas ciências, designação própria, qual seja “judicialização da saúde”.

Nesse contexto, o que nos motiva a desenvolver esta dissertação é apresentar, a partir da trajetória da política de saúde pública no Brasil, a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, instância maior do Poder Judiciário capixaba, nos primeiros 25 anos da elevação da saúde ao *status* de direito fundamental na Constituição de 1988, bem como seus respectivos impactos para o Estado e para a sociedade.

O recorte temporal do estudo se concentra na vigência da atual Constituição brasileira, contracenando, porém, com o caminho histórico da saúde até ser consagrada como direito fundamental no Brasil, com a finalidade de conhecer as razões e os acontecimentos que ensejaram a elevação desse direito e verificar sua efetivação na atuação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, promovendo o consequente registro historiográfico.

A dissertação está estruturada de seis seções: a primeira corresponde à introdução; a segunda seção se debruça sobre a história da saúde como direito fundamental no Brasil; a terceira, sobre a interdisciplinaridade em que se firma a pesquisa (História e Direito); a quarta seção argumenta sobre a cidadania e a importância da Constituição de 1988 para sua realização em solo brasileiro; a quinta apresenta a atuação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo nos primeiros 25 anos da Constituição vigente, como garantidor do direito fundamental à saúde e promotor da cidadania; finalmente, a sexta seção tece considerações finais a respeito do tema.

A segunda seção investiga o trajeto histórico da política de saúde no Brasil, percorrendo o período entre o Império e a Constituição de 1988, conhecendo suas principais ocorrências e sua percepção pelo poder público e pela sociedade ao longo do tempo, de modo a adquirir conhecimento que permita compreender as diversas

atuações, os anseios, as necessidades e os interesses que contribuíram para a consagração da saúde como direito fundamental da sociedade brasileira.

A terceira seção faz uma análise da interdisciplinaridade inerente ao tema “saúde como direito fundamental no Brasil e atuação do Poder Judiciário nesse contexto”, posto que congrega, em sua formação e seu desenvolvimento, o exercício paralelo e conjunto de duas ciências, a História e o Direito. Demonstra-se a relação da História com a saúde, a interface do Direito com a saúde e, por fim, aborda-se a convergência de ambas as ciências, suas contribuições e seus interesses, em torno do objeto de nosso estudo, de modo a possibilitar sua avaliação sob os diferentes segmentos que o integram.

A quarta seção analisa a cidadania como elo entre as ciências que integram esta dissertação. O estudo da história da saúde como direito fundamental no Brasil, a partir da atuação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, exige que a pesquisa utilize como base teórica a plataforma natural desse direito, qual seja, a cidadania. Nesse sentido, investigamos o enquadramento da cidadania na Constituição brasileira de 1988, a ponto de ser conferido à Carta Magna vigente o reconhecimento de “Constituição cidadã”, e analisamos a relação da saúde como a expressão da cidadania nesse contexto.

A quinta seção da dissertação aborda o núcleo central do estudo — a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, como órgão garantidor da cidadania nos processos relacionados com o direito fundamental à saúde, nos primeiros 25 anos de vigência da Constituição brasileira de 1988. Nesse momento, investigamos o enquadramento do Tribunal capixaba dentro do contexto histórico estudado, analisando sua recepção à ordem constitucional de 1988 e suas atuações em processos relacionados com o direito à saúde, o que permite discutir a realização dos objetivos que inspiraram a ordem constitucional vigente, bem como a efetivação do direito fundamental à saúde e sua repercussão sobre o campo da cidadania.

Sob o plano teórico, foram utilizados os ensinamentos de Quentin Skinner (2005), que recomenda ao historiador capturar o fato histórico na sua essência, identificado em um texto ou discurso, devendo se aprofundar no ambiente, no contexto em que foi produzido e no que ele significava de fato naquele ponto da História; e a teoria de

Pierre Bourdieu (1989), que permitiu identificar os campos de poder simbólico presentes na trajetória do sistema de saúde brasileiro, como a Medicina, a classe política, as organizações sociais e o Poder Judiciário, além das estruturas dominantes e dominadas no interior de cada um deles, das instâncias de produção, reprodução, circulação e conservação de seus bens e dos modos de inculcação utilizados para o prolongamento da cultura que produzem.

Não obstante, considerando a cidadania como eixo de concentração da interdisciplinaridade inerente ao nosso estudo, foram utilizados, na elaboração da dissertação, os ensinamentos de José Murilo de Carvalho (2017), que apresenta o caminho histórico da cidadania brasileira sob seus diversos aspectos, inclusive o da ordem constitucional de 1988, ao qual dedicamos especial atenção pelo fato de ter ocorrido, nesse momento, a consagração da saúde como direito fundamental (expressão da cidadania).

No mesmo plano, utilizamos a teoria de T. H. Marshall (1988), para quem a cidadania se realiza em três pilares — o civil, o político e o social —, de modo que o cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos, o que, em tese, pressupõe uma justiça independente e acessível a todos, com condições de efetivar a cidadania eventualmente não realizada de ofício pelo Estado. Essa base teórica foi importante para investigação sobre a estrutura da cidadania brasileira e verificação de como tem ocorrido sua realização sob os três campos formadores indicados por Marshall, quando efetivada a partir do Poder Judiciário.

No entanto, como complemento e contraponto teórico a um só tempo, também foram utilizados os conhecimentos organizados por Pinsky e Pinsky (2008) acerca da cidadania brasileira. O contraponto anunciado é que esse estudo fixa, de forma expressa, não ser a cidadania “conceito estanque” nem uniforme; sua perceptível evolução no tempo e no espaço, respeitando as características de cada povo e nação, já não permite que seja uniformemente enquadrada ou rigidamente definida no modelo de estruturação inglês apresentado por T. H. Marshall, embora esse padrão certamente sirva de bússola para sua verificação. Ao apresentar a história da cidadania, o modelo brasileiro e os passos que ainda precisam ser dados em caminhos oficiais ou alternativos para sua efetivação, a obra contribuiu para que esta pesquisa tivesse uma radiografia mais exata da efetivação dos direitos fundamentais

no Brasil, compreendendo o contexto em que o Poder Judiciário se apresenta como instrumento legítimo de sua realização.

Por fim, foi utilizado, na composição deste trabalho, o conceito de *Annales* empregado por Peter Burke (2010), como referência ao movimento historiográfico ocorrido na França do século XX, que propôs, em síntese, a investigação a partir do desenvolvimento de uma história-problema, em substituição à tradicional narrativa dos eventos; a ampliação das pesquisas históricas por meio da interdisciplinaridade; a consideração pela história das atividades humanas como um todo, e não só sob o aspecto político, e a substituição do tempo histórico breve pelos processos de longa duração. Essas diretrizes, caracterizadas sob designação de “Nova História”, pautaram a esta dissertação, uma vez que, ao longo de todo o seu desenvolvimento, estão presentes a interface científica entre História e Direito, a pesquisa de tempo histórico de longa duração e os estudos de acontecimentos e repercussões ocorridos em campos e segmentos diversos, como o político, o social e o judiciário.

Com as características já apresentadas, nossa dissertação filia-se ao campo da Nova História Política, com foco no tempo presente, e no âmbito do Programa de Pós-Graduação em História (PPGHIS) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), vincula-se à linha de pesquisa da História Social das Relações Políticas, na temática de Estado e Políticas Públicas. No mais, registramos que as atividades de pesquisas realizadas nesta dissertação se concentraram na identificação, na avaliação e no registro de fontes bibliográficas relacionadas ao tema, desenvolvidas especialmente por meio da consulta a livros, teses, dissertações e artigos científicos, acessados na Biblioteca da UFES e em páginas eletrônicas especializadas, entre outras vias.

De maneira específica, também foram pesquisados acórdãos proferidos em processos judiciais, documentos institucionais e outras peças de natureza histórica e científica, acessadas junto ao Tribunal de Justiça do Estado Espírito Santo, no âmbito de sua página eletrônica na internet, de sua Biblioteca e de outras estruturas que compõem o Órgão, em razão de que a dissertação tem como ambiente de estudo o referido Tribunal, sendo indispensável a visita ao seu acervo referente ao tema, o que nos foi possível apurar nesse contexto de pesquisa.

Sob esses referenciais é que foi desenvolvida nossa pesquisa. Considerando a vertente intrínseca da cidadania e seguindo a orientação de livros, teses, acórdãos judiciais, documentos oficiais e relatos históricos sobre o tema, buscamos investigar e analisar as repercussões ocorridas na sociedade com a consagração da saúde como direito fundamental, a partir da atuação do Tribunal de Justiça capixaba no período proposto, realizando, então, o registro historiográfico do resultado obtido.

A intenção é conhecer o processo histórico evolutivo da saúde no Brasil, investigando e apresentando as principais motivações, os acontecimentos, as reações e os comportamentos que contribuíram para a sua elevação ao patamar de direito fundamental da sociedade brasileira, avaliando, a partir da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, se os elementos ensejadores dessa transformação foram/são de fato contemplados, alcançados, satisfeitos.

O resultado será a apresentação de como se deu a ocorrência desse momento político-social em solo espírito-santense pela atuação do Poder Judiciário local, com as nuances históricas, políticas, judiciárias e sociais verificadas, especialmente no que se refere à promoção do direito à saúde e à ampliação da cidadania, investigando o passado e colaborando para compreensão do presente e construção do futuro. Pois bem. Iniciemos nossa jornada.

2 DE ASPIRAÇÃO HUMANITÁRIA A DIREITO FUNDAMENTAL: TRAÇOS DA HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL, ENTRE O IMPÉRIO E A REPÚBLICA DE 1988

Vivemos hoje um momento de crise que atinge a produção científica na área da saúde. As imensas expectativas geradas pela revolução do conhecimento no final do século dezenove não se concretizam para grande parte dos homens. A ciência parecer ter exaurido sua capacidade de gerar uma terapêutica eficaz tanto no plano coletivo como no individual, pelo menos na dimensão que todos esperavam. A reversão de expectativas no controle de grandes endemias de doenças infecciosas ou não; a surpresa da AIDS que nos faz temer novamente a próxima peste – o Ebola? Outros novos vírus? A desilusão progressiva com cuidados médicos individuais de custos crescentes e resultados nem tanto. Tudo parece sinalizar a necessidade de repensar a prática e seus fundamentos. De recolocar questões referentes à mediação entre o biológico e o social. Poder analisar melhor os determinantes das doenças nas populações humanas. Boas razões para aproximar a epidemiologia da história. (CARVALHO, 2016, p. 25).

Esta seção tem por finalidade apresentar momentos da história da saúde pública no Brasil, ocorridos especialmente entre o período imperial e a Constituição republicana de 1988, quando a saúde alcançou o patamar de direito fundamental da sociedade brasileira.

Maior bem da vida, inerente à dignidade humana, fundamental, indisponível, inalienável, imprescritível, são algumas das expressões utilizadas crescentemente ao longo da história para definir a essencialidade da saúde para a vida humana e realizar a consequente pavimentação do seu entendimento como direito fundamental (HUNT, 2009, p. 28-29). A trajetória da humanidade revela uma busca contínua por saúde e por métodos, instrumentos, fórmulas e seres (terrenos ou divinos) capazes de assegurá-la.

Essa persecução incessante deriva da relação direta da saúde com a própria manutenção da vida, por conseguinte a insistência e a ampliação da busca humana pelo seu intento têm gravado na história transformações memoráveis, com avanços significativos no plano do bem-estar, da qualidade de vida e da dignidade, com consequentes reflexos na ordem social, política, científica e jurídica.

Nesse caminho avante, a humanidade superou a ideia de que a saúde seria uma questão divina, fora de qualquer controle seu; passou para o autorreconhecimento e compreensão da importância do indivíduo; elegeu direitos (naturais) que seriam

inerentes à sua existência e aperfeiçoou sua organização em sociedades capazes de comportar a participação de seus integrantes e garantir a satisfação de suas necessidades e desejos, ao menos no campo ideológico (BOBBIO, 2004, p. 12).

Ao longo desta seção, seguiremos a linha histórica da política de saúde pública no Brasil, atravessando o período imperial e destacando os surtos epidêmicos que assolaram o país e o rotularam como terra imunda e insalubre; a chegada da família real e seus reflexos para o sanitarismo brasileiro; a teoria miasmática; a luta dos médicos científicos contra o “charlatanismo” e pela consolidação e ascensão profissional e social etc.

Passaremos pela Primeira República e pelo Estado Novo, conhecendo as ações de combate às epidemias adotadas no período; a mudança de paradigma sobre as causas das doenças, que passaram a ser compreendidas a partir da bacteriologia e da fisiologia; o entendimento da saúde como elemento essencial para progresso do país; a Revolta da Vacina; a “polícia médica”; a instituição da medicina previdenciária por meio das Caixas e Institutos de aposentadoria e pensões, entre outros fatos.

Após isso, estudaremos a política sanitária no período da ditadura militar, verificando a centralização dos serviços de saúde na esfera federal, a restrição orçamentária para as políticas sanitárias, a terceirização/privatização da rede de serviços, a organização da sociedade civil pela redemocratização do país e por mudanças na política de saúde pública nacional, a realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde etc.

Por último, abordaremos a política sanitária estabelecida pela Constituição brasileira de 1988, apresentando a elevação da saúde ao patamar de direito fundamental; a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS); a legitimação do Poder Judiciário como garantidor das políticas e ações de saúde, entre outros temas.

É bom registrar, desde logo, que este trabalho não tem a finalidade de relatar todo o caminho histórico da saúde pública no período em referência. O que pretendemos, neste momento, é apontar traços importantes dessa trajetória que colaborem para o conhecimento e a compreensão da política de saúde pública brasileira ao longo do tempo.

2.1 A SAÚDE NO IMPÉRIO BRASILEIRO

No Brasil, o período imperial (1822 a 1889) marca o tempo em que a saúde, como um bem da vida e da política pública, iniciou crescente e contínua ampliação de suas fronteiras, conduzida especialmente pela soma de interesses diversos, mas ao mesmo tempo confluentes, derivados de variados segmentos: sociedade, governo, classes profissionais, agentes econômicos etc.

A sociedade buscava abrigo, reação, socorro, salvação, contra as enfermidades que assolavam o Brasil nessa época e, especialmente em períodos de epidemia¹, geravam verdadeiro extermínio de parte expressiva da população sobre a qual recaíam. Em movimento de autorreconhecimento e superação (ao menos no campo da exclusividade) do ideário religioso como *causa mortis*, a sociedade brasileira passou a esperar e solicitar, de modo cada vez mais visível, a atuação do Poder Público na promoção da saúde do povo.

Sob sua ótica, o Poder Público iniciou a tratativa da saúde como item indicativo de qualidade da “Corte”. Passou a empreender esforços no sentido de melhorar as condições de salubridade da população brasileira, com o objetivo de encerrar a terrível fama corrente sobre o Brasil em toda a Europa, no sentido de tratar-se de local dominado pelas pestes e pelas enfermidades, sem qualquer higiene, pouco civilizado e não propício a investimentos e progresso.

Em paralelo, e/ou conjugados à visão de Governo, colocavam-se os interesses econômicos de diversos grupos, internos e externos. O domínio das enfermidades em território brasileiro prejudicava a economia, por conta da doença dos trabalhadores ou do estigma anti-higiênico da produção nacional, e impedia a vinda de estrangeiros investidores ou substitutos da mão de obra escrava, causando entraves à ocupação territorial e à formação da nação brasileira com as características físicas e comportamentais modernas, então identificadas nos países europeus. Por fim, no

¹ No Brasil Império, tiveram relevo epidemias de varíola, febre amarela, peste bubônica, cólera etc., causando matanças nas populações sobre as quais recaíram, como ensina Sebastião Pimentel Franco, em obra relacionada ao cólera na província do Espírito Santo, nesse período: “Fica, então, a pergunta: por que, a partir do século XIX, houve um aumento significativo dos surtos epidêmicos no Brasil e na Província do Espírito Santo? Surtos epidêmicos de febre amarela, varíola, malária, cólera e outras doenças espalharam-se pelo país, atingindo todas as regiões de forma indistinta, provocando pânico, terror e dizimando significativo número de pessoas” (FRANCO, 2015, p. 46).

contexto próprio da saúde, ainda havia o interesse dos médicos científicos (formados pelas escolas/faculdades de medicina), que viam nesse ambiente degradado a oportunidade de firmarem sua ciência e ocuparem espaço profissional e social de destaque, por meio da “regeneração” da saúde do povo e da nação.

Na maior parte do período imperial, a força motriz da ampliação das políticas de saúde foi a necessidade de atração de estrangeiros para o país, especialmente para substituição da mão de obra escrava nas fazendas brasileiras, tendo em vista o crescente comportamento abolicionista da nação, reflexo europeu (“nações civilizadas”), a culminar com o “fim” da escravidão no ano de 1888².

Outra questão que fomentou esse processo de maior atenção à salubridade do país, desde o início do Império, foi a instalação da família real no Rio de Janeiro. Por questões lógicas, o ambiente infecto e putrefato de que se tinha notícia sobre a Colônia não era compatível com o estabelecimento da Corte no Brasil. Além de providências imediatas, como a vinda de médicos para o Brasil, juntamente com a família real, outras ações, ainda que motivadas pela necessidade de garantir a própria segurança, passaram a ser adotadas pela realeza com vistas à melhor condição de saúde do país (EUGÊNIO, 2012, p. 67).

Como exemplo, nesse período, especialmente pelas motivações apresentadas, foram instituídas no Brasil, por Dom João VI, as Academias Médico-Cirúrgicas do Rio de Janeiro (1813) e Salvador (1815), logo transformadas nas duas primeiras escolas de medicina do país. Em 1829, Dom Pedro I criou a Imperial Academia de Medicina no Rio de Janeiro, órgão consultivo do Imperador sobre as questões ligadas à saúde pública nacional, que reunia os principais clínicos que atuavam na cidade, e ainda constituiu a Junta de Higiene Pública (1850), mais tarde transformada na Inspetoria Geral de Higiene Pública (1886), com papel de orientação das autoridades quanto aos projetos de modernização das cidades, no que se incluía o combate às epidemias.

Questão afeta à história da saúde pública brasileira de grande relevância, corrente ao longo de todo período imperial, refere-se ao enfrentamento estabelecido pelos médicos ao “charlatanismo”, termo que empregavam para designar todo e qualquer

² Referência à Lei Imperial nº 3.353, intitulada Lei Áurea, sancionada pela Princesa Regente Isabel, em 13 de maio de 1888, que consolidou o processo abolicionista no Brasil.

ator ou prática de cura diversa da medicina científica (ensinada nas escolas especializadas). Para os médicos, o estado de insalubridade crônica vivido no Brasil era, por outra face, uma oportunidade de consolidar sua ciência e profissão, ocupando espaço e mercado, como também obtendo prestígio financeiro e social. Dessa forma, prontificavam-se a atuar ao lado do Poder Público no combate às enfermidades e na educação da população quanto a hábitos mais saudáveis e higiênicos, travando, em paralelo, combate a todos aqueles que, de algum modo, ofertavam serviços semelhantes aos seus (curandeiros, homeopatas, boticários, religiosos, farmacêuticos e até médicos estrangeiros cujos diplomas ainda não haviam sido reconhecidos no Brasil).

Interessante destacar que, visando alcançar seus objetivos, a classe médica se apresentava, ao mesmo tempo, ao Poder Público, à população e também aos colegas médicos, mostrando a estes últimos a importância da consolidação de sua ciência no país, inclusive para ascensão profissional e social de seus integrantes. Tal empreitada era realizada pela formação de grupos profissionais (como a Sociedade de Medicina da Corte, fundada em 1829, e transformada em Academia Imperial de Medicina no ano de 1835); pela edição de revistas especializadas (destinadas à classe médica e à população); pela publicação de artigos em jornais, com propaganda ou narração de casos com êxito na atuação médica ou fracassos em atendimentos por “charlatões”; pela distribuição de folhetins informativos, entre outras ações.

Pois bem. Pelo lado do Poder Público, a parceria com os médicos também era necessária e proveitosa, porque a atuação da medicina científica empreendia ao discurso do Governo uma legitimidade técnica inquestionável, pois quem falava e estabelecia esta ou aquela ação ou comportamento não eram os governantes por si mesmos, era a ciência. Os reflexos positivos eram diretos, a atuação do Poder Público era vista por todos (apoiadores ou contrários) com legitimidade técnica e o Brasil iniciava movimento de saúde pública já praticado na Europa (a medicina feita por médicos), empreendido para afastar a imagem de terra imunda e não civilizada que carregávamos.

Para Sampaio (2001, p.25), embora o vento fosse favorável, a cruzada empreendida pelos médicos para o estabelecimento da medicina como ciência/arte dominante de curar não foi marcada por calma ou passividade daqueles contra quem lutavam

(charlatães) ou dos que pretendiam conquistar (Poder Público e sociedade). A novidade da ciência médica no país e de seus modos de atuação e tratamento, bem como o pequeno número de profissionais formados à disposição da sociedade e o custo mais elevado das suas atuações, além do costume e das crendices já estabelecidos em torno dos “charlatães”, agiam como força de resistência ao projeto de estabelecimento da classe médica (SAMPAIO, p. 33, 45-47). Isso ocorria tanto na população mais pobre como nas classes sociais abastadas; às vezes até integrantes do Poder Público e outros apoiadores da causa médica se tratavam com curandeiros, barbeiros, boticários, entre outros, quando enfermos.

Nessa relação de interesses recíprocos entre médicos e Poder Público, os doutores iam obtendo, de forma crescente, a confiança, o apoio e o incentivo do Governo para realizar as medidas sanitárias que eram necessárias e ocupar o espaço profissional que pretendiam, ganhando destaque especial a figura do médico higienista, pela natureza de suas atividades profissionais (voltadas para as ações preventivas de higiene e salubridade, como também repressivas no combate às pestes e às epidemias). Com isso, os higienistas passaram a ocupar postos importantes do Governo relacionados com a saúde pública. Ditavam comportamentos, estabeleciam rotinas, impunham restrições, tudo em prol da salubridade e do progresso que o país buscava viver (SAMPAIO, 2001, p. 41). A essa casta médica, que alcançava espaço e autoridade junto ao Poder Público, capaz de ditar comportamentos ao governo e à sociedade, a historiografia comumente denomina “elite médica” (EUGÊNIO, 2012, p. 34, 39; CARVALHO, 2015, p. 29-30).

Atuando de acordo com a cientificidade de seu tempo, os profissionais médicos do Império buscavam encontrar soluções para as epidemias do Brasil (varíola, febre amarela, peste bubônica, cólera³ etc.), lançando mão de ações que, dentro do conhecimento que se tinha sobre as enfermidades, produziam a expectativa de se alcançar bons resultados. Na ocasião, as principais teses que figuravam sobre o

³ Sebastião Pimentel Franco faz interessante inserção sobre a utilização recíproca de conhecimentos por profissionais ligados à medicina científica e às práticas de curar não oficiais, não obstante o antagonismo entre elas, em busca de resultados eficientes e legitimação: “Não podemos esquecer que, no século XIX, quando os surtos epidêmicos estavam em pleno desenvolvimento no Brasil, o saber ‘médico oficial’ e os saberes medicinais populares coexistiam, e muitas vezes um se apropriava do conhecimento do outro, embora a chamada ‘medicina oficial’ buscasse sempre dar uma nova roupagem, ‘cientificando’ o saber popular, para que este fosse legitimado, o que evidencia existir uma circularidade de saberes” (FRANCO, 2015, p. 14, grifos do autor).

motivo da ocorrência de tantas epidemias em solo brasileiro eram a falta de controle sobre os estrangeiros que desembarcavam em nossos portos, os quais, quando aqui chegavam contaminados, serviam como agentes disseminadores de doenças; o tráfico de escravos⁴ e o ambiente favorável à contaminação produzido por “miasmas”, isto é, o ar corrompido pelo lixo, pela decomposição de cadáveres humanos e animais, pelo esgoto a céu aberto etc.⁵

A partir desses direcionamentos, os médicos atuavam junto ao Poder Público na formulação de disciplinas e regras a serem seguidas pela população e pelo próprio governo, com o fim de encerrar ou reduzir as situações de propensão ao desenvolvimento de pestes e epidemias. Sobre as prescrições médicas, vale trazer aqui os apontamentos de Alisson Eugênio, para quem recomendações podiam ser divididas entre as pertinentes aos proprietários rurais, à população em geral e ao Estado, distribuídas da seguinte forma:

1) Aos grandes proprietários rurais: ter mais cuidado com a alimentação, vestimenta, moradia, carga de trabalho, repouso, costumes e tratamento das doenças dos seus escravos. 2) à população em geral: parar de despejar sujeira nas ruas; aceitar o deslocamento dos sepultamentos para fora do perímetro urbano; ter mais asseio com o corpo; ser mais cautelosa com as gestantes e os recém-nascidos; alugar amas-de-leite somente quando fossem necessárias; vacinar-se contra a varíola; e contratar profissionais da medicina, e não práticos (barbeiros, parteiras e curandeiros), para a prestação de serviços de saúde. 3) Ao Estado: promover o asseio público, criar leis contrárias ao sepultamento e à criação e ao abate de reses nas áreas urbanas; fiscalizar o comércio de alimentos; controlar por meio de regulamentos o aluguel de amas-de-leite e a prostituição; promover a vacina contra a varíola, estimulando a sua aceitação pela população; destinar maior número de agentes de saúde e prepará-los devidamente para fazer o serviço de vacinação; ampliar a oferta de serviços hospitalares, e melhorar a sua qualidade; acabar com a importação de africanos; e reprimir o exercício da

⁴ Sobre a questão, importante referenciar artigo produzido por Kaori Kodama (2009, p. 515-522), intitulado: *Antiescravismo e epidemia: “O tráfico dos negros considerado como a causa da febre amarela”, de Mathieu François Maxime Audoaurd, e o Rio de Janeiro em 1850*. Nesse texto, a partir da análise de edições do jornal *O Philantropo*, estabelecido no Rio de Janeiro no ano de 1849, a autora apresenta episódios históricos que denotam a corrente de pensamento que relacionava a disseminação de doenças e a eclosão de epidemias com o tráfico de escravos, tese defendida especialmente pelo segmento antiescravista da sociedade brasileira, ao qual se filiava o referido Jornal, que funcionava, de acordo com a autora, como órgão de propaganda contra o comércio negreiro e seus agentes, os traficantes de escravos.

⁵ A teoria miasmática era tão forte na época que Eugênio (2012, p. 86 e 87) apresenta episódio em que médicos sugeriram a demolição do morro do Castelo, localizado no centro do Rio de Janeiro, e também do morro de Santo Antônio, na mesma cidade, sob o argumento de que a então capital do Império, por ter sido fundada em dois grandes vales, se poderia compreender em uma formosíssima planície, de modo que todas as vezes que soprasse a ventação, toda cidade ficaria lavada e sua atmosfera pura, uma vez que, sem esses obstáculos, haveria uma livre ventilação.

profissão médica sem formação acadêmica, tornando-o crime contra a saúde pública (EUGÊNIO, 2012, p. 36).

Apesar de marcar o início de uma preciosa movimentação histórica da saúde pública brasileira, com conquistas importantes para a política sanitária, no período imperial o Estado brasileiro não promoveu ações capazes de encerrar ou reduzir significativamente os problemas de salubridade do país (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 10; EUGÊNIO, 2012, p. 254). As epidemias continuavam eclodindo e dizimando números alarmantes de brasileiros; a atuação dos médicos científicos, embora em ampliação, não dava retorno às necessidades e às expectativas da população, que sucumbia sem o socorro necessário, e o Brasil seguia figurando entre os países mais insalubres do mundo.

2.2 A SAÚDE NO PERÍODO REPUBLICANO BRASILEIRO ANTERIOR A 1988

2.2.1 Da Primeira República ao Estado Novo

Já no final do período imperial, o entendimento e o comportamento do Estado brasileiro em relação à saúde pública iniciavam uma mudança de eixo, passando a ter como centro a importância de tal política para o progresso nacional e o estabelecimento do país como nação civilizada, ampliando a dimensão que até então lhe era conferida.

Com a proclamação da República (1889), o Brasil passou a ter o progresso e a civilização/organização/modernização (referenciadas pela expressão “ordem e progresso”, esculpida na sua bandeira republicana), como metas principais, capazes de, quando alcançadas, retirar o país da configuração de terra de atraso e de barbárie, e elevá-lo ao rol das nações mais desenvolvidas. Com isso, a visão e o investimento estatal sobre a população brasileira foram alterados, pois só seria possível promover o progresso nacional ao nível pretendido por meio de um povo saudável, educado, feliz⁶ e capacitado para tanto.

⁶ Eugênio (2012, p. 60) afirma que, nesse ambiente, também avançava a percepção de que a saúde, do mesmo modo que identificada como indispensável ao progresso da civilização, era cada vez mais considerada uma das bases da felicidade humana.

Nesse contexto, a medicina assumiu o papel de guia do Estado para assuntos sanitários, cabendo-lhe o desenvolvimento e a indicação de ações capazes de promover a melhoria da saúde individual e coletiva, para consequentemente contribuir ao projeto de modernização do país. Claro, em paralelo, a ciência médica prosseguia na sua ação de legitimação e ocupação profissional e social do território brasileiro.

Assim, os médicos atuavam de forma crescente na formatação e na vida das cidades. Alçados a membros do Poder Público, com a nomeação para cargos de referência nos governos ou como simples conselheiros das autoridades, recomendavam obras públicas e limpeza das vias, indicavam a intervenção em locais que diziam propícios à proliferação de doenças, em geral regiões periféricas, cortiços e locais de população de baixa renda, sugeriam o fechamento de estabelecimentos comerciais e, às vezes, providências de âmbito privado, que buscavam alterar a rotina de vida do cidadão e de sua família⁷.

Promover a reforma urbana, modernizar as cidades, também significava medicalizar a sociedade, enfim, estabelecer novos padrões de comportamento que contribuíssem para o não surgimento de doença ou sua não proliferação, ao menos de modo alarmante (SAMPAIO, 2001, p. 43-44; CARVALHO, 2015, p. 43).

Outro aspecto importante para a política de saúde nos primeiros anos da República foi a mudança de paradigma sobre a origem das doenças e suas formas de transmissão⁸, baseada especialmente em estudos da bacteriologia e da fisiologia, já difundidos na Europa, principalmente por Louis Pasteur e Claude Bernard.

⁷ Gilberto Hochman delimita “era do saneamento” como a fase entre 1910 e 1930, na qual a reforma sanitária se consolida como um caminho para a construção da nação: “Trata-se de um período de crescimento de uma consciência entre as elites em relação aos graves problemas do país e de um sentimento geral de que o Estado nacional deveria assumir mais responsabilidades pela saúde da população e salubridade do território. Isso significava aumentar as suas atribuições, restritas até então ao Distrito Federal e à defesa sanitária marítima” (HOCHMAN, 1998, p. 13). Na obra em referência, o autor realiza um estudo sobre a política de saúde no Brasil durante a Primeira República e, apresentando sua construção histórica, revela momento em que o sanitarismo é organizado a partir de consenso, das diversas elites e dos vários segmentos, acerca da interdependência social e sanitária dos indivíduos, bem como sobre a precariedade do sistema de saúde brasileiro e da necessidade de se coletivizar e tornar mais eficazes/compulsórias as ações sanitárias desenvolvidas pelo Poder Público. Esse ambiente, segundo autor, propiciou um sentimento de comunidade nacional, favorecendo a estatização (centralização no/do Governo Federal, superando a resistência das oligarquias regionais) e o desenvolvimento de uma política nacional de saúde.

⁸ Cláudio Bertolli Filho narra episódio ocorrido durante o aumento do número de mortes por febre amarela em 1902: “[...] médicos ligados à teoria miasmática afirmavam que a doença era causada pela poluição dos ares ou pelo vômito dos enfermos e indicavam o isolamento dos infectados como

A partir disso, mantendo a política de higienização da cidade e das pessoas, em ampliação especialmente a partir da segunda metade do Século XIX, a Medicina buscou então eliminar os microrganismos responsáveis pelas doenças, com a imunização dos pacientes (vacinação) e/ou do combate direto aos vetores responsáveis por sua transmissão. Assim, foram ampliadas, em grande escala, as campanhas de vacinação, as expedições científicas pelo interior do território nacional e as caçadas a animais identificados como causadores das doenças, como mosquitos, ratos e barbeiros, além da restrição às pessoas contaminadas e seu isolamento, por causa da possibilidade de transmitirem as doenças.

Como efeito da modificação do entendimento médico no Brasil, sobre a origem e as formas de transmissão das doenças, o Governo dedicou maiores investimentos à instalação de institutos de pesquisas e centros de estudos destinados a aprofundar o conhecimento sobre as enfermidades, suas causas e seus agentes transmissores, com a finalidade do desenvolvimento de políticas preventivas e terapêuticas mais eficazes, especialmente de vacinas. Com tal visão, os laboratórios bacteriológicos, vacinogênicos e de análises clínicas, iniciados em 1892, em São Paulo, foram ampliados e transformados em Institutos — Butantã, Biológico e Bacteriológico —, sendo que este último, mais tarde, transformou-se no Instituto Adolfo Lutz. Foram criados o Instituto Soroterápico Federal (1900), o Instituto de Patologia Experimental de Manguinhos (1907 — atual Instituto Oswaldo Cruz) e o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP, em 1920), entre outros.

Destacam-se, como expoentes da época, os médicos sanitaristas Oswaldo Cruz e Carlos Chagas. Oswaldo Cruz foi fundador do Instituto Soroterápico de Manguinhos, mais tarde transformado em Instituto Oswaldo Cruz, e Diretor Geral do DNSP; empreendeu guerra às doenças que assolavam a população brasileira, com intervenções diretas na formatação das cidades e na vida da população. Oswaldo Cruz realizou campanhas em diversas partes do território nacional com esse

forma de combate à enfermidade”. De outro lado, buscando aplicar as novas teorias médicas vindas especialmente da França e dos Estados Unidos, Emílio Ribas, Diretor do Serviço Sanitário de São Paulo e seu auxiliar Adolfo Lutz, “[...] afirmavam que a doença era causada por um micróbio, veiculado pelo mosquito *Aedes Aegypti*” (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 17-18). Para comprovar a teoria moderna, Emílio Ribas, Adolfo Lutz e outros integrantes de sua equipe “[...] serviram de cobaias, deixando-se picar por mosquitos que tinham sido apanhados junto aos doentes de febre amarela. Todos apresentaram sinais da infecção. Ficou assim comprovada a teoria moderna do agente disseminador” (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 17-18).

propósito. Quanto a Carlos Chagas, dentre outras contribuições de grande relevância para o sistema de saúde pública brasileiro no início da República, destaca-se estudo sobre a malária, realizado em Minas Gerais, na cidade de Lassance, hoje denominada Carlos Chagas em sua homenagem. Na ocasião, percebendo na localidade grande quantidade de barbeiros (inseto hematófago que se alimenta do sangue humano), passou a estudá-los, descobrindo que abrigavam um protozoário, até então desconhecido, a que chamou de *trypanosoma cruzi*. Ao realizar exames na população de Lassance, identificou que grande parte possuía o protozoário na corrente sanguínea e apresentava sintomas como pequenas feridas na pele, aumento do tamanho do baço e do fígado, entre outros, ainda não relacionados com as doenças já identificadas. Estava, assim, descoberta uma nova enfermidade, que recebeu o nome de “doença de Chagas”, em referência ao seu trabalho.

A legitimação e atuação dos higienistas no estabelecimento de diretrizes comportamentais para a população e na imposição, inclusive de forma coercitiva, dos comportamentos indicados, com autonomia de atuação até sobre o âmbito privado das residências e dos corpos físicos dos pacientes, é conceituada como “polícia médica” (EUGÊNIO, 2012, p. 81) pelas características de manifestação. Essa “truculência”, aliada às vezes à falta de conhecimento sobre os assuntos de saúde da maior parte da população, promovia diversas manifestações sociais de resistências às políticas sanitárias e aos médicos. A mais expressiva delas ocorreu em 1904, no Rio de Janeiro, denominada Revolta da Vacina. O movimento foi caracterizado pela insurgência da população contra a política de vacinação compulsória contra varíola, pretendida pelo governo do Presidente Rodrigues Alves, por recomendação do chefe do DNSP, Oswaldo Cruz, que defendia ser a medida indispensável ao controle da enfermidade e ao projeto de modernização do país⁹.

⁹ Nicolau Sevcenko aponta que, além das insatisfações sociais com a política sanitária, atuaram como combustível para eclosão da revolta da vacina a crise econômica vivenciada pelo país na época, a priorização de medidas voltadas para o beneficiamento da política cafeeira, desenvolvida com maior expressão no Estado de São Paulo, e as divergências políticas ao presidente Rodrigues Alves (grupos oposicionistas como os dos jacobinos/florianistas/republicanos ou dos monarquistas — depostos pelo novo regime). “As várias facções políticas em que se dividia essa oposição deram-se conta do enorme grau de dificuldades e transtornos que causavam ao governo, incitando a turbulência de massa instável e dirigindo todo rancor oriundo do seu mal-estar contra as representações concretas do poder vigente [...]. O grande objetivo das oposições sempre foi conjugar a arma interna com a externa e assestá-las contra o seio do Estado, prevendo que o impacto seria fatal. Foi o que fizeram desastrosamente em novembro de 1904, provocando uma tragédia de amplitude patética” (SEVCENKO, 2010, p. 42).

Já insatisfeita, em sua maioria, com as diversas medidas coercitivas de saneamento que lhe eram impostas a partir das iniciativas de Oswaldo Cruz, como o fechamento de estabelecimentos comerciais, o confisco e a matança de animais de propriedade particular, a demolição de casas e até de cortiços inteiros, a população foi às ruas protestar contra a obrigatoriedade da vacina. O movimento atingiu proporção de guerra civil, com a edição da lei de vacinação obrigatória em outubro de 1904, chegando a ocorrer mortes nos conflitos estabelecidos entre polícia e manifestantes. Apesar de conseguir aquietar o movimento, por conta do crescente desgaste político e social provocado pelo episódio, o governo revogou a obrigatoriedade da vacina, tornando-a opcional para os cidadãos.

Sobre esse contexto, é importante mencionar ainda que, em decorrência de o projeto de saneamento do país estar relacionado diretamente à noção de progresso (ampliação do relacionamento e do comércio com os grandes centros econômicos da Europa), um dos efeitos práticos de sua realização era a desigualdade verificada entre as ações médicas implementadas nas grandes cidades¹⁰ e naquelas de menor influência econômica ou em área rural do país (às vezes sequer atendidas)¹¹. Tal ocorrência tem a explicação lógica de que, sendo o viés do desenvolvimento urbano e do crescimento econômico a principal característica da política de saúde da época, sua realização estava fundamentalmente voltada para a melhoria das condições sanitárias dos espaços físicos então vitais para a economia nacional, quais sejam as cidades e os portos. Os demais espaços do território brasileiro, em geral, eram relegados a segundo plano, constituindo objeto de atenção à medida que os problemas eram solucionados ou consideravelmente amenizados nos grandes centros ou quando as questões de saúde lá verificadas interferiam, de algum modo,

¹⁰ “A saúde emergiu como efetiva prioridade de governo no Brasil no começo do século XX, com a implantação da economia exportadora de café, na região sudeste. A melhoria das condições sanitárias, entendida então como dependente basicamente do controle das endemias e do saneamento dos portos e do meio urbano, tornou-se uma efetiva política de Estado, embora essas ações estivessem bastante concentradas no eixo agrário-exportador e administrativo formado pelos estados do Rio de Janeiro e São Paulo” (RISI JÚNIOR et al., 2002, p. 119).

¹¹ É importante dizer que, a essa época, já existiam instituições e movimentos criados com a finalidade de buscar, junto ao Poder Público, a realização da política sanitária em todo território nacional, como é o caso da Liga Pró-Saneamento do Brasil, fundada em 1918, que defendia a centralização das políticas de saúde nas mãos do Governo Federal, na expectativa que esse teria condições administrativas e orçamentárias mais favoráveis do que diversos Estados para realizar, de fato, a necessária regionalização da saúde (CARVALHO, 2015, p. 73-74).

na economia, como no caso de queda da produção agrícola, provocada pela enfermidade dos trabalhadores de determinada área rural.

Por mais que o discurso político e médico apresentassem, nesse tempo, um projeto de saúde pública como resposta aos reclames da população, ressalte-se que não era o cidadão brasileiro e sua qualidade de vida a principal força motriz dessa atuação, ao menos diretamente, mas sim os interesses de governo (política institucional e eleitoral), da classe médica (consolidação profissional e social) e das oligarquias brasileiras, especialmente dos latifundiários (atração de mão de obra e comercialização de produtos).

Fato é que, com o crescimento contínuo da população dos maiores centros urbanos brasileiros, especialmente pela chegada de grandes levas de imigrantes ao país; com a desorganização social, decorrente de aglomerados de famílias vivendo em condições impróprias em cortiços e favelas que se multiplicavam (NOGUEIRA, 2016, p. 224), e com o aumento da pobreza da população, especialmente pela pouca capacidade produtiva ocasionada pela baixa condição de saúde, em regra as mesmas doenças que assolavam o Brasil no Império tomavam proporções ainda maiores nas primeiras décadas da República¹².

Importante dizer que, de forma paralela, e até conjugada às teorias do favorecimento das doenças por comportamentos indevidos da sociedade, também eram difundidas, inclusive por médicos ilustrados, o pensamento de que a fragilidade dos brasileiros diante das doenças decorria de suas características raciais (BERTOLLI FILHO, 2006, p.23). A tese, sem qualquer respaldo científico, alegava que as raças indígena e negra, como também a miscigenação entre elas ou delas com outra de “natureza fraca”, que “constituíam” a base da sociedade brasileira, eram biologicamente inferiores à raça branca, formadora das nações europeias e americanas, sendo necessário, inclusive como política de saúde, promover a purificação dos brasileiros através da mistura com povos fortes (alemães, franceses, italianos, ingleses, norte-

¹² Folcloricamente, a figura do brasileiro, nessa época, costumava ser representada pelo personagem Jeca Tatu, criado pelo escritor Monteiro Lobato, porque tratava-se de um homem fraco, abatido e desanimado por conta das doenças que o acometiam, não tendo condições de colaborar para o progresso do Brasil.

americanos) para, no futuro, haver uma raça pura e forte, nos mesmos padrões das nações mais desenvolvidas.

Desse modo, a insatisfação popular crescente com a política de saúde que era desenvolvida e a necessidade de contenção das enfermidades que assolavam a população e impediam a realização do projeto de progresso e civilização nacional exigiram que o Estado e a Medicina reavaliassem suas ações de saúde pública e buscassem outras formas de relacionamento com a sociedade.

A partir de 1920, o regime oligárquico que comandava a República brasileira começou a se desgastar fortemente, tanto por conflitos internos, ocorridos a partir da disputa entre as oligarquias governantes pela hegemonia do poder, como pela oposição política, com destaque para o movimento conhecido como “tenentismo”, liderado pela baixa oficialidade do exército, que contestava o poder oligárquico estabelecido¹³. O movimento revolucionário crescia ano após ano, impulsionado pelas mazelas sociais vivenciadas pela população brasileira no período, as quais foram agravadas especialmente pela crise econômica, decorrente da quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929.

O auge do conflito político, entretanto, se deu na sucessão do presidente Washington Luís, no encerramento do mandato que teve duração de 1926 a 1930. Grazziotti (2006, p. 31-35) conta que, para sucedê-lo, foi indicado e eleito o paulista e presidente de São Paulo, Júlio Prestes, com o objetivo de garantir a proteção ao cultivo e à comercialização do café, quando o candidato “natural” à sucessão seria o presidente de Minas Gerais, Antônio Carlos de Andrade, que levaria avante o rodízio entre candidatos de São Paulo e Minas Gerais na política do “café com leite”.

Derrotados nas eleições de 1930, os “tenentes” decidiram com armas pôr fim ao sistema oligárquico. O movimento de revolução, sob a liderança civil do gaúcho Getúlio Vargas e sob a chefia militar do tenente coronel Góis Monteiro, teve início

¹³ Segundo Marinete Simões Grazziotti, o “Tenentismo” foi um movimento popular que irrompeu em 1922, quando alguns jovens oficiais idealistas se revoltaram contra o Governo Federal, devido a uma questão de honra militar. Os tenentes pregavam um governo modernizador, progressista e industrializante, que combatesse as fraudes eleitorais. Propunham o fim do domínio do governo político e a implantação de uma administração mais técnica. Com o passar do tempo o movimento foi crescendo e deixando a ser uma revolta corporativa para se tornar uma manifestação de cunho nacional (GRAZZIOTTI, 2006, p. 31).

simultaneamente no Rio Grande do Sul, Minas Gerais e no Nordeste, alastrando-se rapidamente pelo território nacional. Essa reorganização de forças de oposição, inconformada com a vitória do candidato governista Júlio Prestes, culminou com a Revolução de 30.

Em 3 de novembro de 1930, chegava ao fim a Primeira República e começava um novo período da história política brasileira, com Getúlio Vargas à frente do Governo Provisório, estabelecido por meio do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930. Era o início da Era Vargas, que se prolongaria até 1945. Realizando uma mudança de rota para chegar ao mesmo destino, o presidente Vargas desfaz a atuação pulverizada até então praticada pelo Estado brasileiro (participação efetiva dos Estados membros e municípios) e passa a centralizar as ações de governo (quase que totalmente no âmbito federal, com participação tímida dos Estados), iniciando uma ampla reforma política e administrativa no país.

Como primeiros sinais da atuação centralizadora, ao chegar à Presidência, Vargas suspendeu a vigência da Constituição de 1891¹⁴ e passou a governar¹⁵ por decretos até 1934, quando foi promulgada a nova Constituição brasileira¹⁶. Com a instabilidade social ainda vibrante e as dificuldades políticas de governar democraticamente, Getúlio Vargas seguiu aprofundando suas ações de centralização do poder, contrabalançando¹⁷ o ar ditatorial com o comportamento de provedor, protetor,

¹⁴ Pela Constituição Republicana de 1891, com base no princípio do federalismo, cabia aos Estados a responsabilidade pela realização das políticas sociais, entre as quais saúde e saneamento.

¹⁵ A “Era Vargas” é caracterizada pelo período iniciado em 1930, quando Getúlio governou o Brasil, legitimado por meio de Decreto, que o designou Chefe do Governo Provisório, cargo instituído pela Revolução, até a edição da nova Constituição brasileira, no ano de 1934. Com a nova ordem constitucional, Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República pela Assembleia Constituinte, com base em regras estabelecidas nas disposições transitórias da recém-promulgada Constituição Federal de 1934.

¹⁶ Pedro Lenza ensina que, nos termos “[...] do art. 1º do Decreto n. 19398/30, cabia ao Governo Provisório exercer, discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, se estabelecesse a reorganização constitucional do País. [...] A função legislativa, concentrada no Governo Provisório, conforme visto, era exercida por decretos expedidos pelo Chefe do Governo e subscritos pelo ministro respectivo (art. 17)” (LENZA, 2009, p. 60).

¹⁷ Sem deixar de registrar a complexidade que envolve a conceituação do termo “populismo” para as diversas ciências com que ele se relaciona, entre as quais a História, especialmente por oscilar entre definições negativas, ligadas à exploração, manobra e ilusão de pessoas, ou positivas, como instrumento permissivo da participação social e realizador da democracia, considerando o contexto histórico em que a empregamos, é oportuno lançar mão da apresentação do historiador Jorge Ferreira: “As elites liberais que perderam o poder em 1930, contrariadas com o intervencionismo estatal na economia, o cerceamento do regionalismo político, os ataques à tradição liberal individualista, a elevação dos trabalhadores à categoria de cidadãos e as arbitrariedades da ditadura do Estado Novo, mas sobretudo assustadas com o movimento ‘queremista’, passaram a explicar o

cuidador da nação brasileira, ao lançar mão de medidas populistas¹⁸ que davam alívio às necessidades da população e atenuavam as movimentações de divergência e protesto¹⁹.

No campo das políticas de saúde, ações foram promovidas desde o início do seu Governo, com a instalação do Ministério da Educação e da Saúde Pública, já em novembro 1930²⁰. A reorganização do setor de saúde tinha por finalidade a prestação dos serviços básicos à população, ao mesmo tempo que buscava assegurar o controle dessa vertente de governo nas mãos do Chefe de Estado, comportamento característico do governo Vargas.

Essa mudança de prumo agradava, ao menos inicialmente, as unidades federativas menos desenvolvidas economicamente, que viam na condução forte do Governo Central uma maior chance de serem atendidas com a instalação de serviços de saúde, como postos médicos e hospitais, em suas regiões, e criticada por Estados mais

apoio dos assalariados a Vargas ressaltando a demagogia, a manipulação, a propaganda política, a repressão social, entre outros fatores, sugerindo uma relação destituída de reciprocidade: o Estado, com Vargas, surgia como todo-poderoso, capaz de influenciar as mentes das pessoas; a sociedade — os trabalhadores em particular — amedrontada com a polícia e confundida pela propaganda política estatal do DIP, era transformada em massa de manobra e, portanto, vitimizada. A partir daí, e até 1964, as oposições liberais, com amplo acesso aos meios de comunicação, delinearam, com maior nitidez, as imagens que aludiam à cooptação política dos sindicatos, à corrupção estatal e à demagogia eleitoral, todas patrocinadas pelos trabalhistas” (FERREIRA, 2001, p. 7-8).

¹⁸ Bertolli Filho (2006, p. 30) apresenta o seguinte conceito de populismo: “[...] ideologia que atribui ao Estado o papel de árbitro dos conflitos sociais, preservando as relações de dominação de classe, apesar de algumas concessões feitas aos grupos populares”.

¹⁹ Paulo Ghiraldelli Jr. (2000) leciona que o governo Vargas foi hábil em conquistar os vários setores sociais e, principalmente, em controlar os trabalhadores através de uma política que se esmerou em utilizar ora a alternância, ora a concomitância das táticas de cooptação e repressão. Usava, de um lado, a repressão aos radicais e, de outro, a cooptação das lideranças reformistas e a decretação paternalista de benefícios sociais, como salário mínimo, férias, apoio às gestantes. Era, de fato, o início da realização do populismo trabalhista getuliano.

²⁰ Ângela de Castro Gomes explica a estruturação/intenção ministerial do governo Vargas, apresentando que a sua preocupação com esse objetivo pode ser sentida desde o momento revolucionário, ainda em 1930. Ela se traduziria, então, pela criação de dois novos ministérios: o do Trabalho, Indústria e Comércio e o da Educação e Saúde. As medidas administrativas e legislativas levadas a efeito por esses ministérios revelavam a cooperação e o dinamismo necessários para a superação dos problemas dos trabalhadores brasileiros. Elas englobavam uma série de providências que podiam ser reunidas em dois grupos de iniciativas distintas. Conforme a autora, no primeiro grupo estavam todas as medidas voltadas para a indenização da perda da saúde, ou seja, da capacidade de trabalho e de ganho, e que se traduziam pela atuação da previdência e da assistência sociais. Ainda segundo a autora, o segundo grupo de providências acionados pelo Estado tinha objetivos mais complexos, pois visava impedir a perda da saúde e estimular a capacidade de trabalho através de melhores condições de vida. O Estado Nacional, por meio de tais iniciativas, ampliava o escopo de seu intervencionismo, atingindo as causas mais profundas de pobreza e promovendo a satisfação das necessidades básicas do homem: alimentação, habitação e educação (GOMES, 2000).

abastados, como Rio de Janeiro e São Paulo, que nesse tempo já contavam com uma política de saúde funcionando razoavelmente e viam na centralização da política sanitária nas mãos do Governo Federal uma burocratização desnecessária e prejudicial.

Entre as razões de defesa da centralização pelo Governo Vargas, acompanhadas pela classe médica e por grande parte da população, estava a “necessidade” de retirar o país das mãos das oligarquias, representadas no contexto pelos coronéis e outros chefes poderosos regionais, que privatizavam as políticas públicas aos seus interesses. Vargas “[..] estaria então concentrando os serviços para devolvê-los ao povo” (CARVALHO, 2015, p. 147).

Indo mais além sobre a era Vargas, também é importante destacar o atrelamento da Saúde à Educação, não só no campo institucional, por meio da constituição de um Ministério de Governo que congregava as duas ciências, mas também pela ampliação do movimento de conscientização da população sobre a importância de hábitos higiênicos e do controle sanitário, estendendo as campanhas nesse sentido pelas rádios, como estratégia para driblar o analfabetismo que ainda caracterizava grande parte da população²¹, bem como aumentando os cursos de formação em áreas profissionais relacionadas a serviços de saúde, com vistas a alcançar maior êxito.

Outra ação do governo de Getúlio Vargas de grande relevância para a saúde pública foi o fomento das caixas de aposentadoria e pensões²² e dos institutos de previdência, através da criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP)²³. Com a organização dessas entidades, que funcionavam mediante a contribuição do beneficiário, o governo conseguia ampliar a rede de atendimento de saúde, sem que fosse necessário ampliar os investimentos de recursos públicos.

É preciso dizer que esse sistema não apresentava um funcionamento tão satisfatório quanto esperava a população, sendo insuficiente para suprir as necessidades dos

²¹ Segundo o censo de 1920, o Brasil era um país predominantemente rural, com um contingente de analfabetos estimado em 70%. (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 31).

²² As Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) foram criadas no Brasil no ano de 1923, pela Lei nº 4.682, de 24 de janeiro, de autoria do Deputado Eloy Chaves. Essa Lei instituiu o Seguro Social no país.

²³ Ao longo da Era Vargas, foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), relacionados aos segmentos industriários (1936), de transporte de cargas (IAPTEC – 1938) e de servidores do Estado (IASERJ – 1938).

enfermos, principalmente nos casos de doenças mais graves e nos atendimentos aos tuberculosos. Pelo maior tempo da terapêutica que exigia a enfermidade, os pacientes deviam optar entre receber uma parte do salário e tratar da saúde por conta própria ou não receber nada e ficar sob tratamento da entidade de assistência, internado em sanatórios distantes, isolados do trabalho e da família.

As características centralizadoras do governo Vargas e os contornos da relação populista de compensação estabelecida sutilmente com a população brasileira (CARVALHO, 2016, p. 107) ganharam traços ainda mais reforçados com o golpe de 1937, quando Vargas consolidou-se no poder de forma ditatorial, implantando o Estado Novo²⁴. A ampliação do comportamento centralizador e restritivo à execução democrática das políticas sociais, entre as quais a saúde, pode ser notada nas alterações promovidas no sistema constitucional do país, entre o início da Era Vargas e o Estado Novo²⁵.

A Constituição brasileira de 1934, elaborada por Assembleia Nacional Constituinte eleita pelo povo, embora fizesse uma única menção à política pública de saúde, estabelecia expressamente, em seu art. 10, inciso II:

Art. 10 Compete concorrentemente à União e aos Estados:
[...]
II – cuidar da saúde e assistência públicas;
[...] (BRASIL, 1934).

Logo adiante, a Carta Magna de 1937, imposta ao país como ordenamento legal do Estado Novo pela estrutura do Poder Executivo chefiado por Vargas, inverteu as

²⁴ O “Estado Novo”, também designado na historiografia como “Terceira República”, refere-se ao regime político estabelecido por Getúlio Vargas entre 10 de novembro de 1937 e 29 de outubro de 1945, que teve como principais características a centralização do poder, o nacionalismo, o populismo e o autoritarismo.

²⁵ Oportuno trazer a reflexão de Keila Carvalho (2016, p. 137), para quem: “Cabe considerar que, por algum tempo, houve certa resistência da historiografia em admitir que o Estado Novo fosse marcado por uma conjunção entre autoritarismo político e avanços sociais. Enfatiza-se muito o aspecto da manipulação e imposição, pois dizer que ocorria uma ‘livre aceitação’ do regime autoritário de Vargas poderia soar, principalmente nos anos 1970/1980, como uma espécie de ‘apologia’ ao autoritarismo vivenciado naquele momento com o Regime Civil Militar. Consideramos que essa é uma preocupação que não se sustenta do ponto de vista da construção do conhecimento histórico, contudo não podemos deixar de considerar que o historiador deixa refletir em seus trabalhos, mesmo que inconscientemente, seus anseios do presente. Sendo assim, apesar de compreendermos a importância dessa historiografia, até mesmo em função do momento em que fora produzida, destacamos em nossa análise outro tipo de interpretação, que entende a relação entre o Estado — sobretudo na figura de Vargas — com as classes populares sob outra perspectiva, a do trabalhismo” (CARVALHO, 2016, p. 1370).

tendências democratizantes da Constituição de 34, substituindo a obrigação do Estado brasileiro de cuidar da saúde pública pela sua competência para legislar sobre o tema. Nas únicas regulamentações da saúde na Constituição de 37, os artigos 16, inciso XXVII, e 18, alínea “c”, respectivamente, estabelecem:

Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

[...]

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

[...]

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

[...]

c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;

[...] (BRASIL, 1937).

O texto legal registra que cabe privativamente à União legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança, e bem como a possibilidade de os Estados federados legislarem sobre “assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais”, para aperfeiçoar a legislação federal ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam o que estabelecido pelo Governo Central. Como se vê, por uma alteração sutil de texto, o Estado brasileiro deixa de ter a obrigação de cuidar (executar, prover, realizar) políticas de saúde, para ter, segundo a lei maior de regência do país, apenas a obrigação de legislar (criar regras, regulamentos, disciplina) sobre o assunto.

Indo em frente, oportuno também dizer que, nesse período, teve destaque a atuação do então Ministro da Educação e Saúde Pública, Gustavo Capanema, que empreendeu reforma administrativa aprovada pela Lei nº 378, de 1937, com o intuito principal de unificar os serviços de saúde sob a competência do Governo Federal. A reforma dividiu o território nacional em oito regiões, todas dotadas de Delegacia Federal de Saúde, com a finalidade de inspecionar e colaborar com a realização dos serviços, e criou três estruturas: o Fundo Nacional de Saúde, com a função de prover recursos para as ações de saúde, o Instituto Nacional de Saúde, cuja função era

realizar pesquisas sobre os problemas sanitários do país, e as Conferências Nacionais de Saúde, que funcionavam como espaço de debate entre o Governo Federal e os Estados sobre a política de saúde pública.

Em 1941, Capanema empreendeu nova alteração da estrutura do Ministério, centralizando ainda mais a competência para os temas de saúde pública no âmbito federal, por meio da criação dos Serviços Nacionais de Saúde. Segundo Nísia Trindade Lima, Cristina Maria Oliveira Fonseca e Gilberto Hochman, o desenho institucional

[...] acompanhou o projeto político ideológico do governo de Constituição do Estado Nacional brasileiro, estabelecendo mecanismos burocráticos que viabilizassem a integração das três esferas administrativas — federal, estadual e municipal (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 43, 45).

Outra questão a ser referenciada é que, nesse tempo, o desenvolvimento científico e tecnológico, iniciado no começo do século XX, já produzia grandes inovações na seara médica, como melhor definição e ampliação das especialidades²⁶ e o surgimento de equipamentos eletrônicos que permitiram diagnósticos mais precisos, entre outros avanços, caracterizando período de descobertas e modificações, tratado na historiografia como “otimismo sanitário”.

Alimentada nesse ambiente de domínio e centralização, a eugenia presente timidamente na Primeira República ganhou força na Era Vargas, especialmente no período do Estado Novo, quando aliada ao nacionalismo pregado pelo governo, recebeu contornos mais restritivos, recaindo também sobre pessoas com deficiência física ou doenças mentais, e outros vistos como “[...] incapazes de contribuir com o país” (CARVALHO, 2015, p. 176-177).

A tendência eugênica do governo Vargas tinha como inspiração o modelo de nação vitoriosa, espelhado pela Alemanha, até que, com o advento da Segunda Guerra Mundial, pressionado para se posicionar, o Brasil juntou-se aos Estados Unidos e aos Aliados, declarando guerra ao Eixo (Alemanha, Itália e Japão). Com isso, naturalmente, os americanos se tornaram o exemplo de nação que o Brasil desejava

²⁶ André de Faria Pereira Neto declara que no Brasil, no início do século XX, existiam três tipos de prática médica: generalista, especialista e higienista ou sanitaria (PEREIRA NETO, 2001, p. 43-44).

construir, inclusive quanto a aspectos da ciência médica, do sanitarismo e da política de saúde pública.

Aliás, a vitória dos Estados Unidos e dos Aliados na Segunda Guerra teve grande repercussão no Brasil, influenciando o conceito de nação e de governo desejado por grande parte da população, que passou a se manifestar de forma crescente contra o regime ditatorial instalado no país, fomentando o ambiente de instabilidade social e política, antes contido, que culminou com a deposição de Getúlio Vargas em outubro de 1945 e a promulgação de uma nova Constituição brasileira, de caráter liberal, no ano seguinte.

2.2.2 Da redemocratização de 1945 à ditadura de 1964-1985

Entre 1945 e 1964, o Brasil viveu “ares de redemocratização”, com pluripartidarismo, liberdade de imprensa, liberdade sindical e eleições diretas para os principais cargos políticos, ambiente em que prosseguiram os debates nacionais sobre mudanças na saúde pública e na assistência médica²⁷.

Reflexo do liberalismo disseminado após o fim da Segunda Guerra e do otimismo decorrente dos avanços tecnológicos e terapêuticos, em benefício da prevenção e do combate às doenças verificados na época, o Brasil ampliou sua avaliação da política de saúde pública sobre as bases do desenvolvimento econômico e da erradicação da pobreza nacional. Nesse sentido, mesmo que sob aspecto diferente do caráter civilizador que motivou as políticas de saúde ao longo dos períodos iniciais da República, no período entre 1945 e 1964 é possível verificar que a saúde permaneceu relacionada à política desenvolvimentista, nas ações de planejamento e de ampliação da competitividade do país.

²⁷ “Com a queda de Vargas, em outubro de 1945, a eleição de Eurico Gaspar Dutra e a promulgação de uma nova Constituição em 1946, o país inicia um período de 19 anos de experiência democrática. A saúde pública, ainda que herdeira dos aparatos estatais construídos nos 15 anos do primeiro governo Vargas, teve sua estrutura centralizada com múltiplos programas e serviços verticalizados para implementar campanhas e ações sanitárias, assim como sua burocracia foi confrontada com novos contextos e contornos políticos e sociais que caracterizam o Brasil até 1964. Ainda que com limites, os rumos da saúde pública e da assistência médica foram debatidos e decididos, pela primeira vez, em um ambiente mais democrático, caracterizados por disputas político-partidárias, eleições livres, funcionamento dos poderes republicanos, liberdade de imprensa e organização e demandas por direitos e incorporação” (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 46).

A relação saúde-desenvolvimento, nesse período de redemocratização, pendulava entre duas correntes de pensamentos divergentes: a que

{...} acreditava que a doença era um obstáculo ao desenvolvimento e que a saúde constituía um pré-requisito essencial para os avanços sociais e econômicos no mundo em desenvolvimento, e os “desenvolvimentistas”, que compreendiam não ser suficiente o combate às doenças para superação da pobreza (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 49, grifo dos autores).

Como um pêndulo, as políticas de saúde oscilariam entre esses dois polos, ao longo do período em referência, se manifestando com características ora de um, ora de outro pensamento.

Assumindo o governo do país em 1946, o presidente Eurico Gaspar Dutra buscou atender os anseios da população quanto ao estabelecimento de políticas sociais concretas e eficientes, que representassem a atuação clara do Estado na promoção da saúde. Nesse sentido, em 1948 lançou o plano SALTE que, de forma geral, pretendia provocar melhorias nos sistemas de saúde, alimentação, transporte e outros, com repercussão direta na vida do cidadão, mas que na prática não se realizou como proposto. As ações do governo, nesse início de redemocratização, tinham seus efeitos contidos e restringidos pela estrutura burocrática ineficiente, herdada do período anterior, em muito ainda em funcionamento, e pelas disputas de grupos políticos decorrentes da mudança de regime (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 39).

Para Mercadante (2002, p. 237), no ano de 1949 aconteceu a maior inovação na assistência à saúde, até então, com a criação do Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência (SAMDU). A importância histórica decorreria de três características inovadoras desse serviço: 1) atendimento médico domiciliar no serviço público de saúde, antes inexistente; 2) financiamento do sistema, consorciado entre todos os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs); atendimento universal nos casos de urgência, ainda de limitado em eficiência.

Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde. Embora sua implantação produzisse renovação da esperança e da expectativa da sociedade brasileira em relação à atuação do Estado no segmento, a pouca disponibilidade orçamentária e a burocracia excessiva não permitiam a confirmação dos resultados desejados. Traço marcante no Ministério da Saúde foi sua dedicação inicial à realização de ações no interior do

Brasil, efetivamente com a educação sanitária da população rural e a realização de campanhas de esclarecimento, prevenção e combate às principais doenças que afetavam a população brasileira²⁸. Com esse foco, aliás, em 1956 foi criado o Departamento Nacional de Endemias Rurais (DNERu)²⁹.

Outra característica da saúde pública entre as décadas de 50 e 60 era o alarmante quadro de mortalidade infantil, dilatado especialmente pela falta de ações de saúde mais específicas, sobretudo voltadas para a higiene básica e para os sistemas de tratamento e distribuição de água e de coleta de esgoto.

Apesar dos ares liberais que sopravam sobre o país, na prática permanecia a atuação clientelista do Estado, voltada em sua maior parte para a troca de favores políticos, o que acentuava as desigualdades já existentes. Enquanto determinadas áreas e populações recebiam atendimento de saúde do Estado, por meio de investimentos como postos de saúde, hospitais, presença de médicos e ações de saneamento básico, outras permaneciam relegadas ao completo abandono. Com o investimento reduzido na área da saúde e a aplicação dos poucos recursos de forma equivocada, crescia a necessidade e a procura da população por tais serviços, acentuando a ineficiência do Estado para gerir o sistema público de saúde e sobrecarregando a atuação das caixas de assistência e dos institutos de previdência.

Com isso, inclusive por pressão do setor privado da saúde, o Estado passou a estimular e ampliar a atuação dos particulares na promoção dessa política pública, fomentando-os por meio de doações, repasses e empréstimos em condições favoráveis, para que construíssem clínicas e hospitais e vendessem seus serviços à população, aos institutos de aposentadoria e ao próprio Governo. Nesse sentido, atuariam paralelamente ao Estado, ampliando a rede de atendimento, auxiliando na satisfação da demanda e aliviando a pressão que recaía sobre o Poder Público.

De outro lado, também pressionado especialmente pelas entidades sindicais diante da defasagem crescente do atendimento de saúde aos trabalhadores pelas caixas de

²⁸ No período, a principal doença que afetava a população brasileira era a malária, embora também se verificassem quadros epidêmicos de leishmaniose, doença de Chagas, febre amarela, esquistossomose, tracoma e outras.

²⁹ Em 1958, o governo brasileiro aderiu à Campanha Global de Erradicação da Malária, da Organização Mundial da Saúde (OMS), criando a Campanha de Erradicação da Malária (CEM), que foi a maior ação de saúde pública realizada entre 1945 e 1964.

assistência e institutos de previdência, o Estado procurou reformular tal sistema, especialmente por meio da edição da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), cuja principal inovação foi uniformizar as contribuições dos trabalhadores, dos empregadores e do governo, que passaram a recolher 8% do salário para a Previdência. A medida não foi suficiente para garantir o equilíbrio financeiro e a melhoria dos serviços prestados pelos institutos.

Nesse contexto de atuação insuficiente do Poder Público, também se associavam ao segmento da saúde as crescentes referências à miséria e à fome da população brasileira. Entre 1955 e 1963, cresceram as manifestações sociais contra a pobreza de grande parte da população, especialmente por grupos organizados sob tal bandeira, com destaque para a relação nutrição-saúde-doença e para a obrigação estatal de garantir a qualidade de vida da população, em que se incluía uma alimentação adequada.

O ambiente de inflamação social³⁰, pobreza, insalubridade e pouca assistência pública na área da saúde, promoveu a politização do tema, que passou a integrar as principais manifestações sociais por melhorias nas condições de vida, reconhecendo a medicina, por sua importância, influência e legitimidade científica, como instrumento de luta pelo bem estar coletivo. A convergência de interesses entre a comunidade médica e os movimentos sociais mantiveram as questões sanitárias dentre as principais reclamações da população junto ao Estado.

Essas questões sociais assustavam os investimentos estrangeiros, nessa época crescentes no país pela expectativa da “redemocratização” e da construção de uma nação moderna, forte e em processo de desenvolvimento institucional e tecnológico. Junto a isso, estava a dificuldade do então presidente João Goulart em realizar as Reformas de Base³¹ reivindicadas pela sociedade, entre outros obstáculos, pela

³⁰ No que se refere às manifestações contrárias ao governo, merece destaque a Liga das Camponesas, criada em Pernambuco, em 1955, e liderada pelo advogado Francisco Julião. Tinha o objetivo de lutar pela melhoria das condições de vida do povo, pelo combate à fome, à doença e à exploração dos latifundiários da região. Apesar de estar inserida no contexto nordestino, sua atuação recebia atenção e apoio de todas as regiões do país.

³¹ “Programa de alterações institucionais a ser submetido ao Congresso Nacional e que visava remodelar os setores administrativo, tributário, bancário e educacional, assim como promover a reforma agrária e combater a pobreza urbana” (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 48).

necessidade de garantir o apoio da classe latifundiária e da indústria, cujos interesses contrastavam com as pretensões dos reformistas.

A propósito, o crescimento em larga escala dos movimentos da sociedade civil organizada contrariava cada vez mais as elites brasileiras e o militarismo, à medida que grupos aliados do poder deixavam um papel secundário no cenário político e ameaçavam o controle das classes então dominantes no processo de desenvolvimento, com bandeiras que mais se identificavam com os regimes socialista e comunista em execução em alguns países.

A desconfiança dos segmentos liberais e conservadores incidiam, inclusive e de forma especial, sobre o próprio presidente João Goulart, pelo histórico “esquerdista” que lhe era atribuído. Havia forte receio das oligarquias brasileiras de que o comportamento do governo Jango, aliado ao crescimento dos movimentos sociais, levasse o país ao comunismo. Esse contexto de profunda agitação fomentou a instabilidade política, social e governamental que levou o Brasil a uma nova ditadura³².

No dia 31 de março de 1964, os militares assumiram o comando do país e iniciaram período ditatorial que perduraria até 1985³³. Nesse tempo, o Brasil passou a configurar um Estado centralizador, tecnocrata, rígido, com pouca atenção efetiva às políticas sociais (saúde, educação, assistência social etc.) e aos direitos humanos. O militarismo brasileiro foi marcado pelo governo dos generais presidentes que, sob o lema “Segurança e Desenvolvimento”, privilegiavam a concentração do poder nas

³² Em dezembro de 1963, foi realizada a 3ª Conferência Nacional de Saúde, última ação expressiva de saúde pública nesse período democrático.

³³ Em resumo, os militares assumem o Governo brasileiro ao argumento de restaurar a ordem social, ameaçada por subversivos (comunistas, sindicalistas, trabalhadores etc.) e recuperar a economia do país. O primeiro presidente militar foi o marechal Castelo Branco, que assumiu a presidência da República em 1964, após a deposição do então presidente João Goulart. Nesse primeiro período, destacam-se a instituição do bipartidarismo (ARENA e MDB). Em 1968, é editada uma nova Constituição brasileira, influenciada pelas características do regime imposto ao país, e toma posse o segundo presidente militar, o general Costa e Silva, estabelecendo período de forte restrição à democracia por meio do Ato Institucional nº 5, que cassou mandatos parlamentares, estabeleceu eleições indiretas para cargos do Executivo e promoveu rígida censura aos meios de comunicação. Por conta do adoecimento de Costa e Silva, em 1969 o Brasil passa a ser governado por uma junta militar, em período provisório, até a posse do novo presidente do regime, o general Emílio Garrastazu Médici, que governa o país entre 1970 a 1974. A partir do governo do general Ernesto Geisel (de 1974 a 1979), inicia-se lentamente o processo de reabertura democrática, que seria completado por seu sucessor e último presidente militar, general João Figueiredo, cujo mandato se estendeu de 1979 a 1985 (SCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005).

mãos do Executivo, restringindo acentuadamente a atuação do Legislativo e do Judiciário.

Não se pode deixar de destacar que, inicialmente, a tecnocracia, a rigidez e o regime de controle empreendidos nas ações de governo fizeram com que alguns resultados positivos fossem alcançados, especialmente com o crescimento do Produto Interno Bruto brasileiro a níveis dos países mais desenvolvidos. Essa fase “próspera” da economia, ocorrida especialmente entre os anos de 1968 e 1974, conhecida como “milagre econômico”, também se alimentava de resultados espaçados, ocorridos em áreas como o esporte, a exemplo da conquista do tricampeonato mundial de futebol, em 1970, e até na saúde, como a realização do primeiro transplante de coração da América Latina, em maio de 1968. O contexto “vitorioso” era amplamente divulgado pelo regime militar, na tentativa de consolidar a imagem de uma nação organizada e vencedora, conduzida por um governo forte e protetor, e minimizar os descontentamentos da população com o autoritarismo e a restrição aos direitos humanos praticados pelo Estado.

É importante dizer que, no período militar, houve uma considerável elevação do número de faculdades de medicina no país, passando de 28 para 75, entre 1960 e 1980, o que, entretanto, não se revertia em resultados concretos na saúde da população, especialmente pela ausência de políticas e estruturas públicas voltadas para esse fim. Enfim, a realidade vivida pela sociedade não condizia com o triunfo e a glória das propagandas governamentais. O crescimento econômico, por exemplo, era alcançado, entre outros, sobre a inibição das conquistas salariais e a redução do poder de compra das famílias.

Na área da saúde, o governo militar atuou impondo forte restrição orçamentária ao segmento (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 61). Deliberadamente, a prestação da saúde em condições adequadas à população não era prioridade do regime. Sob o mantra da “Segurança e Desenvolvimento”, a destinação de recursos públicos era ampliada para ministérios ligados à defesa, aos transportes e à indústria e comércio, mas reduzida em outros de conotação social, como a saúde.

Uma prova clara desse esvaziamento financeiro das políticas de saúde pelos militares pode ser verificada no decréscimo da participação do Ministério da Saúde no

orçamento da União, ao longo período de 1961 a 1980. Tomando por amostragem, considere-se que, em 1961, o Ministério da Saúde detinha 4,57 % do total do orçamento do Governo Federal; em 1967, esse percentual reduziu para 3,44%; em 1971, para 1,41% e, em 1980, para 1,38% (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 51). O governo militar não investia na saúde sob a ótica da coletividade e de sua importância para a sociedade e para os demais segmentos da formação nacional (economia, educação, trabalho), pois pensava as políticas do setor unicamente sobre o foco do indivíduo.

Os poucos recursos previstos no orçamento para essa política eram, em sua maioria, destinados às entidades privadas de saúde para pagar atendimentos à população de baixa renda. Os investimentos em educação higiênica e saneamento foram drasticamente reduzidos, as epidemias eclodiam em diversos pontos do território nacional, mas as notícias eram negadas e sufocadas pelo regime autoritário, o que deixava a população despreparada e desprotegida, aumentando ainda mais a vitimização das doenças.

Como reflexo de sua característica centralizadora e diante das dificuldades das caixas de assistência e institutos de previdência em atender à crescente demanda da população pelos serviços de saúde, o governo militar criou, em 1966, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), subordinado ao Ministério do Trabalho, unificando todos os órgãos previdenciários que funcionavam até então (IAPs). O sistema estabelecido previa que o INPS deveria tratar os doentes individualmente, enquanto o Ministério da Saúde seria responsável pelas ações sanitárias de repercussão geral.

Com a Constituição de 1967³⁴, que não imputava diretamente ao Estado a prestação dos serviços de saúde à população, o governo passou a apoiar, de forma crescente, as atividades privadas de saúde, praticando ações apenas suplementares ao trabalho por elas realizado; passou a “terceirizar”, em grande escala, o atendimento de saúde, firmando convênios com clínicas e hospitais particulares para atendimento da

³⁴ A Constituição brasileira de 1967 não promoveu melhorias no âmbito da saúde pública, limitando-se, no art. 8º, inciso XIV, alínea “d”, a consagrar a competência da União para “[...] estabelecer planos nacionais de educação e de saúde” (BRASIL, 1967), não indicando normas sobre o direito social à saúde, nem comandos determinantes da sua prestação pelo Estado. Sem a obrigação constitucional de prestar tal serviço, o Estado passou a fomentar as instituições privadas, promovendo a mercantilização da saúde, tratada como bem de consumo.

população, através do INPS. Os serviços públicos de saúde ficaram restritos aos segurados da previdência nacional, com crescente prestação por meio de instituições privadas, a quem eram delegados os serviços e repassados valores do orçamento público para cobertura, agindo em favor da mercantilização da saúde, tratada com mais clareza como bem de consumo³⁵.

A falta de controle sobre os serviços prestados pela rede terceirizada fez com que a corrupção assolasse o sistema. As entidades apresentavam ao governo as despesas de serviços que não foram prestados de fato ou o foram de maneira inferior à apresentada, e o Governo pagava a conta, isso sem contar a ocorrência de trabalhadores fantasmas recebendo benefícios indevidamente e as aposentadorias concedidas de forma ilegal, tudo por conta dos cofres do governo. Os recursos públicos eram sugados e a prestação de saúde à população cada vez mais deficitária, o que anunciava a incapacidade gerencial do INPS e o seu colapso.

Na tentativa de contornar a situação, o governo militar criou, em 1974, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), que incorporou o INPS, retirando-o do Ministério do Trabalho, e a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV), com o intuito de conter as ações de corrupção ocorridas no setor. A essa altura, nem toda a repressão do regime militar era capaz de conter as notícias de falência do sistema de saúde pública, e a insatisfação popular tornava-se cada vez mais visível nas manifestações tidas como “subversivas”. No intuito de amenizar esses movimentos crescentes, outras ações foram realizadas nesse período, como o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) em 1971, que estendia aos trabalhadores do campo os direitos previdenciários; o Sistema Nacional de Saúde, em 1975, que tinha por finalidade baratear e tornar mais eficazes as ações de saúde

³⁵ “No Sistema Nacional de Saúde do período da ditadura militar, o predomínio financeiro das instituições previdenciárias e a hegemonia de uma burocracia técnica agiam em favor da mercantilização da saúde. Por essa razão, a saúde podia ser vista mais nitidamente como um bem de consumo. O direito a serviços públicos de saúde continuava restrito aos trabalhadores formais que contribuíam com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), deixando de fora os trabalhadores rurais e os urbanos informais. [...]. Ao mesmo tempo, houve grande expansão e reformas de inúmeras clínicas e hospitais particulares com dinheiro público advindo da Previdência Social. Isso se deu porque o Estado delegou ao setor privado grande parte das atividades de prestação dos serviços que destinava aos contribuintes da Previdência. Além disso, também favoreceu com recursos governamentais as empresas que, através de convênios, assumissem a responsabilidade pela assistência dos seus empregados” (LUNA, 2009, p. 308-309).

em todo território brasileiro, e o pagamento de salário insalubridade a trabalhadores com atividades arriscadas que podiam resultar em enfermidade ou morte.

Outra característica verificada na ditadura de 1964 é que as alterações provocadas pelo “milagre econômico” chamaram a atenção, pela via lucrativa, dos serviços médico-hospitalares privados no Brasil. As classes com melhores condições financeiras encontraram nas companhias de seguro-saúde o atendimento rápido e eficiente que buscavam e, em troca, pagavam mensalidades que estavam fora do alcance da maior parte da população brasileira. Também de grande importância nesse período foi a chegada das indústrias farmacêuticas estrangeiras, com a abertura do capital pela política econômica do governo militar. A acolhida das multinacionais pelo regime militar fez com que essas indústrias passassem a dominar o mercado brasileiro, impondo preços cada vez mais elevados à população.

Na tentativa conter as insatisfações também decorrentes dessa situação, em 1971 foi criada a Central de Medicamentos (CEME), com o objetivo de produzir, contratar e distribuir remédios essenciais à população mais carente. A medida não funcionou, diante da impossibilidade de competição da CEME com os grandes grupos farmacêuticos multinacionais. O governo perdeu o controle da situação; além dos altos preços, eram despejados no mercado brasileiro diversos remédios de eficácia duvidosa, sem nenhum papel significativo de cura, e quando o Poder Público tentava reagir, era contido pelo desinteresse dos laboratórios na alteração do quadro, os quais, em contra-ataque, interrompiam a distribuição de seus produtos, deixando a população sem acesso a remédios vitais, até que o governo recuasse.

A insatisfação social crescente fez com que a população se organizasse, por meio de movimentos sociais representativos dos diversos setores, e lutasse pela mudança do regime imposto ao país e pela volta da democracia. Segundo Escorel, Nascimento e Edler (2005, p. 66-67), ao longo do enfraquecimento do regime militar, iniciado no governo Geisel, foi de grande importância a ampliação de espaço conquistada pelo movimento sanitário brasileiro, especialmente a partir de tentativas dos militares de abertura para políticas sociais como forma de conter a insatisfação popular, a exemplo das ações empreendidas no II Plano Nacional de Desenvolvimento e da conjugada ausência de integrantes do regime com perfil para condução de tais medidas, o que possibilitou a nomeação de sanitaristas para estruturas importantes da máquina

administrativa. Uma vez infiltrados no sistema, os integrantes do movimento sanitário disseminavam conceitos, ideias e projetos contrários à própria natureza do governo, como a política de saúde de caráter preventivo e acesso universal.

Esse ambiente de desgaste político e social incontrollável, acentuado pela falência das políticas públicas executadas pelos generais e pela repressão de direitos e liberdades fundamentais, especialmente pela rigidez e centralização — características desse período — possibilitou o fim da ditadura militar no Brasil em 1985, com a eleição indireta da chapa de oposição ao regime, composta por Tancredo Neves e José Sarney³⁶.

No âmbito da saúde pública, teve destaque, nesse momento, a realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde, em 1986³⁷. O evento reuniu milhares de representantes de diversos segmentos, tais como sociedade civil, profissionais de saúde, usuários do sistema, prestadores de serviços etc., configurando o principal marco desse processo de formulação de um novo modelo de saúde pública universal, visando romper com a cisão estrutural entre a saúde pública e medicina curativa individual, como também com a intensa privatização que caracterizava o sistema de saúde brasileiro (FALLEIROS et al., 2010, p. 241).

Embora das forças divergentes e dos conflitos de interesses travados sobre o campo da saúde pública, nesse momento da história brasileira, a ampla aliança de segmentos e atores sociais, em prol da mudança do sistema de saúde então vigente, consagraram, na 8ª Conferência Nacional da Saúde, o ideário de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser provida de modo universal, democrático e descentralizado, bem como difundiram o conceito de saúde como resultado da harmonia dos diversos setores da vida social do indivíduo, tais como alimentação, habitação, educação, trabalho, lazer, liberdade, acesso a serviços de saúde adequados etc. As bandeiras empunhadas pela força crescente dos movimentos

³⁶ O Presidente eleito Tancredo Neves faleceu antes de tomar posse, o então vice-presidente José Sarney assumiu a presidência da República e governou o Brasil nessa nova fase de redemocratização, designada pela historiografia como “Nova República”.

³⁷ Para Escorel, Nascimento e Edler (2005, p.78), a 8ª Conferência Nacional de Saúde foi o movimento mais significativo do processo de democratização da saúde, em toda sua história.

sociais organizados indicavam a política de saúde a ser estabelecida no Brasil com o fim do regime militar.

Em 1987, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte³⁸, com a missão de elaborar e promulgar a nova Constituição Federal brasileira em sintonia com as solicitações de redemocratização do país, respeito às liberdades individuais e universalização dos direitos sociais reclamados pelas manifestações populares e políticas que levaram ao fim da ditadura no país.

É importante destacar que no ambiente de redemocratização do Brasil, especificamente no segmento da saúde, a sintonia dos discursos conjuntos da população, da classe médica, dos empresários do setor e da própria classe política, fora logicamente os *lobbies* relacionados com interesses próprios de cada área, indicava a diretriz de que a saúde e a assistência médico-sanitária é direito do cidadão e dever do Estado, bem como a imprescindibilidade de um sistema de saúde público igualitário e universal.

2.3 A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a 8ª Constituição da República Federativa do Brasil, consolidando o início de uma nova redemocratização do país. Atendendo aos anseios da sociedade, a Constituição de 1988 elevou a saúde ao *status* de direito fundamental do povo brasileiro, esculpido especialmente no seu art. 196. No novo ordenamento, a saúde recebeu a configuração de elemento da seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social, tendo seus princípios e suas diretrizes estabelecidos no Capítulo II, intitulado “Da Seguridade Social”, do Título VIII, designado “Da Ordem Social”, do texto constitucional promulgado.

³⁸ Segundo Falleiros e outros (2010, p. 242), os debates relacionados à saúde pública atravessaram três etapas até a consolidação do texto constitucional: 1) na Subcomissão de Saúde, Seguridade Social e Meio Ambiente da Assembleia Constituinte, ocasião em que entidades relacionadas ao tema — Ministérios de Governo, Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), Federação Brasileira de Hospitais (FBH), Central Única dos Trabalhadores (CUT) etc. — puderam se manifestar e defender as propostas levantadas na 8ª Conferência Nacional da Saúde; 2) aprovado na Subcomissão, o Relatório foi submetido como Anteprojeto à Comissão da Ordem Social da Assembleia Constituinte; 3) na sequência, o texto foi submetido à Comissão de Sistematização, quando foi possível a proposição de emendas pela população (desde que houvesse o mínimo de 30 mil assinaturas), e; 4) no plenário do Congresso Nacional, onde o texto final da Constituição de 1988 foi votado e aprovado pelos parlamentares.

Na caracterização do direito à saúde pela atual Constituição brasileira, possuem significado especial os art. 194, 196 e 198 que, juntos, formam a estrutura de organização e realização de tal direito fundamental no Estado brasileiro. Vale a transcrição dos referidos dispositivos:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

[...] (BRASIL, 1988).

A partir dessa trinca de artigos que relacionam princípios e diretrizes da política de seguridade social, no plano geral, e da política de saúde, no campo específico, é possível constatar que o direito fundamental à saúde, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, possui como características de realização a universalidade da cobertura e do atendimento; a uniformidade e a equivalência dos benefícios às populações urbanas e rurais; a descentralização administrativa, com direção única em cada esfera de governo; o atendimento integral, com prioridade para as ações preventivas, e a participação da comunidade.

O texto constitucional de 1988 registrou expressamente as diretrizes de estabelecimento do sistema de saúde pública brasileiro, congregando as reivindicações sociais que contextualizaram o ambiente de sua elaboração. Nesse sentido, consagrou o Sistema Único de Saúde (SUS), fixado sobre os pilares do atendimento universal, igualitário, preventivo e curativo, e da gestão descentralizada e compartilhada.

Além das diretrizes fixadas no próprio corpo da Constituição Federal, o SUS tem por base legislativa, também, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que configurou a maior estruturação do sistema público de saúde já ocorrida no Brasil; a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que estabelece o formato da participação popular no SUS e dispõe sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros no âmbito do Sistema, e as Normas Operacionais Básicas (NOB-SUS), que definem detalhadamente o funcionamento do Sistema, apresentando as competências comuns, e próprias, da União, dos Estados e dos Municípios, no seu funcionamento³⁹.

No que diz respeito diretamente às bases estruturais do Sistema de Saúde organizado pela Constituição de 1988, a universalidade, expressada na frase “direito de todos e dever do Estado”, significa que a saúde é um direito e não um serviço ao qual se tem acesso por meio de uma contribuição, pagamento ou contraprestação de qualquer espécie. A diretriz de universalidade do sistema de saúde brasileiro conecta-se diretamente ao direito à vida, comum a todos, e à igualdade de acesso aos meios de manutenção.

Nesse sentido, o direito fundamental à saúde difere completamente da noção de seguro social que esteve presente no Brasil nos períodos das Caixas de Aposentadoria e Pensões (1923), dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (1930), e do Instituto Nacional de Previdência Social (1966), quando o trabalhador financiava o sistema de atenção à saúde por meio de contribuições financeiras.

Quanto à equidade estabelecida para o SUS, é preciso ter clareza que leve em conta as diferenças sociais e econômicas inerentes à estruturação da sociedade; ao

³⁹ Nesse contexto, merece destaque a NOB-SUS nº 96, que estabelece as funções e as responsabilidades de cada esfera de governo na realização do SUS, inclusive sob o aspecto financeiro, e dispõe sobre a reorientação do modelo assistencial de prestação dos serviços de saúde, antes predominante.

contrário de adotar a noção de igualdade em sentido literal, busca tratar desigualmente os desiguais, avaliando as condições de saúde a partir da constituição humana e social do ambiente, bem como das necessidades e potencialidades que elas refletem.

Por sua vez, a integralidade da política de saúde estabelecida pelo texto constitucional, segundo Falleiros e outros (2010, p. 249), possui quatro vertentes de concretização. A primeira compreende o rompimento com modelo brasileiro histórico de separação entre ações preventivas e curativas, direcionando a atenção à saúde para uma ação completa, integral, com medidas que vão da inibição à repressão das enfermidades. Pela segunda vertente, a integralidade contraria a atenção à saúde como algo exclusivamente biológico, entendendo-a pelas diversas dimensões do processo saúde/doença, inerentes ao sujeito, e do relacionamento que estabelece com seu corpo e com o meio ambiente em que vive, exigindo ações e serviços de saúde que considere todas essas repercussões de forma unificada⁴⁰.

O terceiro sentido da integralidade do SUS é o de que as ações de saúde devem ser formuladas considerando tanto as necessidades de grupos específicos, quanto a relação com outras políticas de saúde. Isso quer dizer que as ações, o tratamento/a prevenção, direcionados para o segmento de portadores de doenças sexualmente transmissíveis, por exemplo, devem apresentar, de forma integrada, a medida específica, própria para o caso, e outras que, direta ou indiretamente, se associem à promoção da saúde do indivíduo ou do grupo em questão. O quarto sentido da integralidade do SUS refere-se à formação dos profissionais da saúde. A diretriz aponta para a necessidade de que a qualificação desses profissionais seja concebida a partir da integração de conhecimentos teóricos e práticas de trabalho, tornando-os mais apto para as situações com que se depararão no exercício de suas atividades.

Passando agora ao comando de descentralização do Sistema Único de Saúde brasileiro, pode-se observar seu vínculo com a democratização e a incorporação de novos atores ao processo, implicando o estabelecimento de relações entre

⁴⁰ “[...] Ainda que as políticas de saúde tenham a possibilidade de ampliar benefícios para grupos populacionais antes excluídos, é imprescindível que as ações estejam articuladas com outras políticas públicas, voltadas para o enfrentamento dos complexos fatores determinantes das doenças. Sem essa articulação, a desigualdade nos padrões epidemiológicos atuais tende a ser mantida” (RISI JÚNIOR et al., 2002, p. 222).

instituições, entre níveis de governos e serviços. Corresponde à distribuição de poder político, de responsabilidades e de recursos entre as esferas de execução da política de saúde⁴¹.

Falleiros e outros (2010, p. 252) destacam que a descentralização é uma diretriz que incorpora, em cada esfera de governo, os princípios e os objetivos do SUS, fortalecendo o federalismo político expresso na Constituição de 1988, e isso a difere, em muito, da descentralização política, característica do neoliberalismo, a qual preconiza a redução do papel do Estado, a transferência para a iniciativa privada de atividades originalmente estatais, como a saúde e a educação, e a desconcentração do poder regulatório do Estado em favor das leis de mercado.

Ainda sob o foco da descentralização, é preciso abordar que ela também se manifesta sob a forma de regionalização e hierarquização do sistema. A regionalização decorre da lógica de que, quanto mais perto se estiver, maior será a capacidade de identificar as necessidades da população e melhor será a política de saúde posta à sua disposição, enquanto a hierarquização é a forma de organização dessa atuação regional, visto que a complexidade de algumas situações demanda o compartilhamento de ações entre os entes prestadores da política de saúde localizados dentro do mesmo espaço regionalizado.

Por fim, a participação social no SUS é exercida por meio dos Conselhos e Conferências de Saúde, instituídos pela Lei nº 8.142/90, como instâncias de manifestação popular nas três esferas de realização do sistema (federal, estadual e municipal), com poder deliberativo sobre as estratégias de atenção à saúde no país. Os Conselhos são formados por 50% de representantes dos usuários SUS, 25% de representantes dos trabalhadores da saúde e 25% de representantes dos prestadores e gestores do sistema. As Conferências, por sua vez, consistem em eventos, encontros, reuniões, periódicas, em cada nível de governo, com a participação de

⁴¹ No mecanismo de descentralização do SUS, em cada esfera de governo há uma unidade de direção: Na União, o Ministério da Saúde; nos Estados, as Secretarias Estaduais de Saúde, e nos Municípios, as Secretarias Municipais de Saúde. Além disso, existem instâncias de representação, monitoramento e pactuação política e administrativa envolvendo as três esferas de governo, entre as quais o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS); o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS); a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), responsável pelo relacionamento entre os municípios e a gestão estadual, e a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), responsável pelo relacionamento entre o Ministério da Saúde, o CONASS e o CONASEMS.

representantes dos diversos segmentos interessados, e têm por objetivo avaliar a situação do sistema de saúde e propor diretrizes para a formulação de políticas para o segmento.

A apresentação da estrutura delineada pela Constituição de 1988 para a política de saúde pública, ainda que de forma resumida, é importante para este trabalho acadêmico, por possibilitar a visualização da ruptura operada pela nova ordem constitucional em relação à formatação do sistema de saúde brasileiro empreendido desde o período imperial, bem como para confirmar o acolhimento, pela atual Constituição, dos pleitos da sociedade, manifestos na conjuntura de sua construção (a partir da segunda metade da década de 1970). Aliás, no âmbito da Constituição de 1988, os direitos sociais, entre os quais se inclui a saúde, são compreendidos como resultado de buscas, conquistas e aperfeiçoamento de comportamentos, políticas e demandas ao longo dos anos, consolidando-se como direitos que demonstram o reconhecimento do indivíduo como integrante formador e realizador do Estado, em suma, como cidadão. Nesse sentido, a Constituição de 1988 recebe a designação de “Constituição cidadã”. Como os demais direitos fundamentais nela assegurados, a saúde, agrega à sua essência natural e científica, o aspecto da cidadania.

José Murilo de Carvalho apresenta o percurso histórico da cidadania brasileira sob seus diversos aspectos, inclusive o da ordem constitucional de 1988, ao qual dedicamos especial atenção, considerando que a consagração da saúde como direito fundamental (expressão da cidadania) ocorreu nesse momento.

O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania. Políticos, jornalistas, intelectuais, líderes sindicais, dirigentes de associações, simples cidadãos, todos a adotaram. A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. Não se diz mais "o povo quer isto ou aquilo", diz-se "a cidadania quer". Cidadania virou gente. No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã (CARVALHO, 2017, p. 13, grifos do autor).

Pois bem. Não obstante a importância histórica, científica e social do viés do acolhimento de pleitos sociais e de provisão da saúde sob o manto da cidadania, esses são decorrentes de uma modificação maior, ao mesmo tempo, complementares a ela, operada pela Constituição de 1988 com referência à saúde, qual seja, sua elevação ao patamar de direito fundamental da sociedade brasileira.

Em linhas gerais, o direito fundamental pode ser definido como aquele natural, básico, indissociável da vida do indivíduo ou do seu convívio em sociedade em por essa essencialidade, a ordem constitucional eleva-o a *status* jurídico superior, tratando-o como regra/instituto de formação basilar do Estado e garantindo sua promoção irrestrita em prol da população que está sob sua égide⁴².

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. [...].

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 232-233).

Nesse sentido, a Constituição de 1988 deixa de tratar a saúde como um serviço a ser prestado pelo Estado, para legitimá-la como direito do indivíduo e da sociedade, inerente à sua dignidade e à sua própria existência⁴³.

Com a mudança de eixo, duas repercussões redirecionam completamente a política de saúde pública brasileira: a primeira é no sentido de que deixa de existir margem de disponibilidade para o Estado sobre a prestação da saúde, uma vez que, como direito fundamental, passa a ser obrigatória e indispensável; a segunda está no fato de que,

⁴² A doutrina jurídica especializada, considerando o estabelecimento do direito fundamental como fator de proteção a determinado valor essencial ao cidadão e à sociedade em determinado momento, promove a classificação dos direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões”, utilizando-se como critério o tempo histórico em que se estabeleceram. Assim, Lenza (2009, p. 670), apresenta quatro gerações/dimensões dos direitos fundamentais: a 1ª Geração congrega direitos relacionados às liberdades individuais e ao exercício político, como liberdade de culto, liberdade de reunião, inviolabilidade de domicílio, e refere-se aos direitos defendidos nas revoluções americana e francesa, os primeiros a serem positivados, daí serem ditos de primeira geração; a 2ª Geração congrega os direitos sociais (saúde, educação, assistência social etc.), culturais e econômicos, inspirados e impulsionados pelo momento histórico que é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, quando, em decorrência das péssimas condições de trabalho, eclodiram movimentos como o “cartista”, na Inglaterra, e a “Comuna de Paris” (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social; a 3ª Geração congrega direitos ambientais, consumeristas e inerentes à coletividade, referentes aos problemas derivados do crescimento descontrolado e da globalização da sociedade (crescimento de massa, contínuo desenvolvimento tecnológico e científico); a 4ª Geração congrega direitos relacionados ao patrimônio genético do indivíduo, referentes aos avanços verificados no campo da engenharia genética e a possíveis e crescentes riscos que podem representar para o patrimônio genético de cada indivíduo e para a própria existência humana.

⁴³ Wilson Donizeti Liberati (2013, p. 76) ensina que a regra dos direitos fundamentais — e, em especial, dos direitos sociais — conduz o Estado à satisfação do anseio universal do homem de preservar a vida em toda a sua pujança, em um ambiente comunitário e de satisfação de todas as necessidades humanas.

ao deixar de ser tratada sob a visão predominante de serviço e organização de governo, para ser caracterizada como direito estrutural da nação, a saúde deixa de ter sua realização vinculada à liberalidade do Poder Executivo e passa a ser obrigação, também, do Poder Judiciário, como garantidor da ordem constitucional e operador do sistema jurídico, sempre que não realizada ou executada de forma inadequada, pela estrutura de governo.

Nesse ambiente de modificação constitucional acentuada, com profundas reformas no sistema de saúde pública e significativa alteração no comportamento da sociedade, que passou de expectadora da autonomia governamental a titular de um direito inalienável, o Poder Judiciário assume papel protagonista na atual Constituição, que ampliou de modo significativo seus poderes, competências, atribuições e responsabilidades, consagrando-o como garantidor da realização dos direitos fundamentais, estruturantes da ordem constitucional e do Estado brasileiro, entre os quais a saúde.

Até esse acontecimento, a luta dos brasileiros pela consolidação da saúde como “direito natural” e pela garantia de sua provisão pelo Estado prosseguia, porém firmada em base legislativa que, embora reconhecesse tal direito, lhe atribuía peso menor (não fundamental), caráter discricionário (realizável de acordo com as conjunturas de governo ou com a realidade de cada caso) e realização cooperada (obrigação do Estado e da sociedade — direito previdenciário condicionado ao pagamento de contribuição). O Poder Judiciário atuava como órgão de fiscalização da saúde dentro dessas balizas e não tinha poder absoluto de determinar em seu favor, não era garantidor supremo de sua realização, porquanto o ponto de referência da sociedade era o governo e sua intenção/capacidade de prover.

A partir da Constituição de 1988, a realização das ações sanitárias no Brasil passou a ser compreendida, planejada, garantida e executada de forma diversa da que se verificava até então, tendo como fundamento e objetivo a promoção universal, igualitária e participativa na estruturação e na realização das políticas públicas de saúde pelo Estado (agora titular exclusivo da obrigação), com destaque para a atuação efetiva do Poder Judiciário, que passou a operar como garantidor da realização desse direito. Isso quer dizer que a Constituição brasileira de 1988, além de alçar a saúde ao patamar de direito fundamental, incorporando as crenças

ideológicas, os anseios humanitários e as necessidades administrativas que se manifestavam de forma crescente e consolidada na sociedade brasileira por ocasião de sua promulgação⁴⁴, cuidou de prover estrutura com competência e poder para garantir a realização desse direito.

De forma sintetizada, pode-se confirmar a robustez das alterações trazidas pela nova ordem constitucional, no campo da saúde, por três pilares: 1) consagração como direito fundamental, retirando da autonomia governamental poder de deliberação sobre sua realização ou não; 2) término da responsabilidade compartilhada na promoção da saúde, que até então era do Estado e da sociedade, passando a ser somente do Estado, conforme o art. 196, da CF de 1988; 3) conferência de poder e responsabilidade ao Judiciário que, na condição de aplicador das normas jurídicas, passou a ser garantidor do direito à saúde.

Com a consagração da saúde como direito fundamental da nação brasileira, o Poder Judiciário, responsável pela garantia da ordem constitucional e pela manutenção do Estado, nos termos em que nela se estabelecem, adquiriu poder supremo para garantir a realização da saúde em benefício da sociedade, sob pena de, assim não agindo, permitir e compactuar com a falência do Estado pela violação de sua estrutura organizacional. Investido de novos poderes constitucionais, o Judiciário iniciou sua função de assegurar a prestação da saúde nos casos que lhe eram submetidos, impondo àqueles com a obrigação de preservá-la ou provê-la, seja o Poder Público ou particulares, as ações necessárias à realização desse direito fundamental, não obstante as condições adversas que apresentem como eventual empecilho (priorização de outras políticas públicas, falta de orçamento, obrigação de terceiros etc.). Movimento consequente, a sociedade deixou de aguardar a atuação voluntária do governo e passou a buscar a intervenção e o garantismo do Poder Judiciário.

Esse fenômeno constitucional, social, ideológico e institucional, que revolucionou a estrutura e o funcionamento do Estado, verificados até 1988; que deu vez, voz e

⁴⁴ No sentido de que os direitos fundamentais originam-se a partir de valores, manifestações, pretensões sociais manifestas em determinado tempo histórico, Gilmar Ferreira Mendes e outros (2008, p. 231) explicam: “A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.”

participação imediatas à população, na execução das políticas de saúde; que chegou ao liame da separação dos Poderes, definida pela própria Constituição (Executivo, Legislativo e Judiciário), constituiu movimento de tão grande relevância que recebe de pesquisadores e estudiosos do tema, das mais diversas ciências, designação própria, qual seja, “judicialização da saúde”.

O Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS), em 2015, lançou o livro *Direito à Saúde*, com o intuito de esclarecer aos gestores e à população esse fenômeno de participação ativa do Poder Judiciário na realização das ações de saúde. Vale transcrever trechos:

Conclui-se, então, que, no Estado de Direito, o sistema de justiça fornece respostas legais aos problemas da política e o problema apresenta-se quando o direito pretende determinar a política ou a política pretende limitar o direito.

Nesse sentido, cumpre falar da judicialização da saúde. Primeiramente, há de se dizer que, no encontro entre o sistema sanitário e o sistema de justiça, prevalece a decisão judicial. Portanto, quanto mais os sistemas souberem lidar um com o outro, quem ganha é o direito e a sociedade (BRASIL, 2015a, p. 45-46).

Como se observa pelo relato histórico feito ao longo desta seção da dissertação, a Constituição de 1988, ao consagrar a saúde como direito fundamental da sociedade brasileira, rompeu com as formas de realização de tal política até então verificadas no país, inaugurando uma nova realização de entrega de tal serviço/direito à sociedade, qual seja, a saúde provida pelo Poder Judiciário. É fato que mudanças tão significativas na concepção de um Estado, na organização da estrutura de seus Poderes e na provisão de direitos à sua sociedade, promovem repercussões políticas, culturais e sociais imensas, que exigem a apuração e o registro histórico (CERTEAU, 1982). A apresentação e o registro da trajetória da saúde pública no Brasil são de grande importância para a historiografia, sob o foco especial das mudanças ocorridas com a elevação da saúde ao *status* de direito fundamental pela Constituição de 1988, bem como de sua repercussão no comportamento do Poder Judiciário e seus respectivos efeitos para o Estado e para sociedade.

Assim sendo, traçada até aqui a linha histórica da política de saúde pública brasileira, entre o Império e a Constituição Federal de 1988, a continuidade deste trabalho buscará a apresentação dos efeitos históricos do estabelecimento da saúde como

direito fundamental no Brasil, principalmente sob a ótica da promoção da cidadania, tomando como campo de estudo o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e sua atuação em processos ligados à saúde, nos primeiros 25 anos do sistema constitucional vigente. É oportuno registrar que a narrativa da história da saúde pública, empreendida nesta seção, é importante para compreensão do atual modelo da política sanitária brasileira, quanto a compreender os acontecimentos, os sentimentos, os anseios e as manifestações que causaram o seu estabelecimento, possibilitando, ao final do estudo, a compreensão histórica e científica do sistema vigente, como também a reflexão sobre sua ocorrência e seus efeitos.

Ao ensejo, após todo o percurso que realizamos, é importante registrar que, por mais inovações que tenham sido verificadas na trajetória da saúde pública brasileira, seu processo não traduz evolução, mas linearidade, apenas adequação/reflexo de ações e comportamentos sob o contexto social, político, institucional de cada tempo histórico atravessado.

Por fim, como indicado no início da seção, o presente estudo não tem o objetivo de esgotar todos os contornos do caminho histórico da saúde pública no período trabalhado, mas sim apontar traços importantes da sua periodização já consagrada (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 29), bem como não pretende diagnosticar a eficácia dos acontecimentos ou confirmar a realização dos motivos que os impulsionaram, mas tão somente apresentá-los.

Encerrando, vale colacionarmos acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), guardião máximo da Constituição de 1988 e, conseqüentemente, do direito fundamental à saúde nela esculpido, que exemplifica com perfeição o que foi apresentado no presente tópico:

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público,

fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

[RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000.] = STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010.

3 ATRAVÉS DA HISTÓRIA, CONSAGRADA COMO DIREITO: A INTERDISCIPLINARIDADE DA POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA

Quer se trate de direitos políticos, quer se cuide de direitos sociais, as tarefas que o Judiciário vem assumindo contemporaneamente demandam do juiz outro tipo de formação. O juiz contemporâneo não pode mais se restringir ao conhecimento dos textos legais. Para assumir essas graves incumbências, deve ser capaz de analisar relatórios técnicos, de interpretar dados econômicos, sociológicos e políticos; deve poder lidar com um conhecimento multidisciplinar. Decidir sobre políticas públicas exige a superação da formação bacharelesca que ainda predomina no ensino jurídico brasileiro. O juiz contemporâneo deve, sobretudo, aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente envolvidas no processo (SOUZA NETO, 2011, p. 237).

Esta seção busca apresentar a interdisciplinaridade científica existente na temática do nosso estudo — saúde como direito fundamental no Brasil e atuação do Poder Judiciário nesse contexto —, posto que congrega, em sua formação e seu desenvolvimento, o exercício paralelo e conjunto de duas ciências, a História e o Direito. Nessa empreitada, abordaremos a relação da História com a saúde, a interface do Direito com a saúde e a convergência de ambas as ciências, suas contribuições e seus interesses, em torno do objeto proposto, de modo a possibilitar seu conhecimento e sua avaliação sob os diferentes segmentos científicos que o integram.

As transformações ocorridas no Brasil, ao longo processo de elevação e consolidação da saúde como direito fundamental, no campo social, científico ou institucional, repercutem e se configuram objeto, a um só tempo, de duas ciências que se relacionam diretamente na constituição dessa trama, a História e o Direito: a História, encarregada de apurar, registrar e transmitir os acontecimentos ocorridos na humanidade, e o Direito, responsável pela manutenção da ordem, pelo delineamento dos comportamentos e pela preservação das condições necessárias à organização social, interagem diretamente com o processo de transformação do direito à saúde e de efetivação da cidadania que nos propomos a estudar, se apresentando indispensáveis em conjunto à obtenção do resultado perseguido.

A complexidade do tema da interdisciplinaridade é registrada pela maioria das doutrinas e dos estudos formulados no âmbito das diversas ciências, especialmente sob a ênfase da sua novidade histórica e da difícil tarefa que atribui ao aspecto

acadêmico, qual seja de congregar conhecimentos diversos em torno de uma mesma realidade pesquisada. Com as variações de estilo, o conceito de interdisciplinar/interdisciplinaridade gravita em torno da ideia central de ponto comum e relação entre duas ou mais disciplinas. Nesse sentido, no âmbito da língua portuguesa, o Dicionário Aurélio, por exemplo, define a palavra “Interdisciplinar”: “Que implica relações entre várias disciplinas ou áreas de conhecimento”; “Que é comum a várias disciplinas”.

No campo científico⁴⁵, Pátaro e Bovo (2012, p. 45), buscando congrega os elementos comuns às variadas definições que têm sido apresentadas em estudos sobre o tema, indica um conceito geral, afirmando que

[...] são vários os significados atribuídos ao conceito de interdisciplinaridade e, apesar da grande variedade de definições, seu sentido geral pode ser definido como a necessidade de interligação entre as diferentes áreas do conhecimento.

É importante registrar que, além da ausência de uniformização conceitual, a própria natureza heterogênea da prática interdisciplinar permite que ela se manifeste por variados caminhos e perspectivas, como a histórica, social, jurídica, metodológica, epistemológica etc.

Fixadas essas diretrizes iniciais, passaremos a apresentar a interdisciplinaridade entre História e Direito no processo de consagração da saúde como direito fundamental no Brasil e suas repercussões, identificando o ponto comum de interesse/relação de ambas as ciências com o tema e na participação conjunta na sua construção.

3.1 A SAÚDE PARA A HISTÓRIA

A pesquisa proposta se justifica pela necessidade e importância de se conhecer, registrar e apresentar fato histórico de tão grande relevância, como a elevação da

⁴⁵ Segundo Ivani Fazenda (1979), Guy Michaud propõe quatro níveis de interação entre as disciplinas educacionais, o que revela diferentes formas de percepção quanto aos diálogos entre elas: a multidisciplinaridade, que pressupõe a justaposição de disciplinas, sem, contudo, diminuir o *status* de cada uma delas; a pluridisciplinaridade, que seria a justaposição de disciplinas de áreas comuns; a interdisciplinaridade, interação entre disciplinas direcionadas por um coordenador e que pode ocorrer como uma simples comunicação de ideias ou como uma integração mútua de conceitos/métodos/objetos; e a transdisciplinaridade, que funcionaria como um axioma comum às disciplinas (MICHAUD, apud FAZENDA, 1979).

saúde ao patamar de direito fundamental da República Federativa do Brasil e suas repercussões nos diversos segmentos da sociedade. É inegável a importância desse acontecimento para a História como ciência. Segundo Febvre (1948, p. viii) “[...] o passado é uma reconstituição das sociedades e dos seres humanos de outrora por homens e para homens engajados na trama das sociedades humanas de hoje”. Na mesma toada, Sidney Chalhoub, prefaciando a obra de Gabriela dos Reis Sampaio (2001, p.17), inicia sua exposição com a seguinte afirmação: “O passado é um outro país. Tudo lá parece diferente”.

A História⁴⁶, dedicada ao conhecimento e registro das ocorrências que repercutiram sobre a vida humana ao longo do tempo⁴⁷, se interessa por tudo aquilo que produziu efeito sobre o homem, seja derivado da sua individualidade, seja do seu convívio social (relações emocionais, de trabalho, de governos etc.). Nesse contexto, a saúde, na sua relação direta com a vida, o bem-estar e a dignidade humana, é objeto direto da História como ciência. Os movimentos da humanidade, suas organizações sociais e seus governos, a título de reivindicação, de promoção ou de experiências com o gozo da saúde ou com a manifestação de doenças, correspondem a acontecimentos a serem cientificamente estudados e historiografados. O estudo da saúde pela História tem produzido registros capazes de transmitir às gerações o conhecimento da relação humana com seu corpo, sua imagem e seu bem-estar, como indivíduo, semelhante e cidadão.

Lançando luz sobre a percepção inicial da saúde como bem (direito), Hunt (2009, p. 28-29), por exemplo, registra que a compreensão da saúde como bem da vida e como direito natural, é inerente à percepção evolutiva de individualidade, de autonomia e de empatia do ser humano consigo e com seus semelhantes. Esse processo de autorreconhecimento e autovalorização individual, que se alonga pelos séculos e continua em atividade de ampliação e consolidação, superou a fantasia de que a saúde ou a sua falta eram questões exclusivamente divinas, já estando previamente sentenciados e sem direito à impugnação os indivíduos enfermos. Fez nascer a percepção da dignidade humana e tem sido capaz de cravar na sociedade a noção

⁴⁶ “A história é a história do homem, visto como um ser social, vivendo em sociedade. É a história das transformações humanas, desde o seu aparecimento na terra até os dias em que estamos vivendo” (BORGES, 1993, p. 48).

⁴⁷ Castro (2009, p. 2) afirma que “[...] o estudo da História concentra-se no ser humano e na sucessão temporal de seus atos”.

de que a vida com qualidade pressupõe indivíduos saudáveis e satisfeitos, o que perpassa pela provisão, pela garantia e pelo apoio estatal nesse sentido.

Além das repercussões derivadas do autorreconhecimento e da autovalorização do corpo e da vida pelo indivíduo, a relação entre História e saúde também se consolida a partir dos efeitos danosos das doenças sobre a sociedade, especialmente quando ocorrem em grande escala. As alterações de comportamentos e ambientes, provocadas pelas enfermidades, como a mudança de posturas, de práticas, de relações interpessoais ou com o próprio corpo; a modificação do tipo de alimentação, de moradias, de vestimentas etc., suas causas e seus reflexos, são por natureza objetos e objetivos científicos da História, na sua essência de catalogar e transmitir à humanidade o conhecimento a partir de suas próprias experiências. Nesse campo de atuação da História, abrem-se ainda nichos e especificidades, como o estudo da atuação da medicina, do direito, dos governos etc., em torno da saúde ou da doença.

A propósito, a História da medicina está umbilicalmente associada à História da saúde, a ponto de ser natural a correlação entre seus estudos e a dificuldade de reconhecimento de suas individualidades e autonomias, até por pesquisadores (CARVALHO, 2016, p. 23). Sendo a vida e sua qualidade, a morte e suas causas elementos estruturantes, tanto da saúde quanto da medicina, é visível que, não obstante constituírem campos próprios de estudo da História, interagem na formação de conceitos uma da outra. Vale lembrar a força exercida pela medicina na segunda metade do século XVIII e início do século XIX, quando, determinando comportamentos e estabelecendo práticas, tanto no campo público e social, quanto na esfera privada, em busca da nação salubre, moderna e civilizada, e paralelamente de ascensão

profissional e social de seus integrantes, fez surgir na historiografia conceitos como “medicalização da sociedade”⁴⁸ e “polícia médica”⁴⁹.

Sobre esse aspecto, Le Goff (1985, apud CARVALHO, 2016) ensina que a doença pertence à História porque não é mais que uma ideia, certo abstrato em uma complexa realidade empírica, e pertence não só à história superficial dos progressos científicos e tecnológicos como também à história profunda dos saberes e das práticas ligadas às estruturas sociais, às instituições, às representações, às mentalidades. Nesse aspecto, a História da saúde pode ser compreendida como um instrumento de caracterização da sociedade humana ao longo do tempo, haja vista que, por seus registros, é possível tomar conhecimento da ocorrência de movimentos preventivos, curativos ou repulsivos, bem como de doenças, epidemias e seus reflexos, que permitem demarcar historicamente comportamentos, territórios e tempo, por meio da reação da sociedade humana diante dos fatos⁵⁰.

⁴⁸ A expressão “medicalização da sociedade” é empregada pela historiografia para referenciar o movimento empreendido pela classe médica junto ao Poder Público, especialmente a partir da segunda metade do século XVIII, destinado a sanear os problemas de saúde da população brasileira, por meio da organização da sociedade, da mudança de seus hábitos e costumes, contribuindo para que o país alcançasse as condições que se entendiam necessárias ao seu progresso e sua modernização. Sampaio (2001, p. 43-44) explica a “medicalização da sociedade”, nos seguintes termos: “Como portadores do conhecimento objetivo que levaria o país ao progresso, à civilização, os médicos teriam, na opinião da autora, a autoridade necessária para impor novos valores, novas formas de organização, enfim, medidas que caracterizavam, todo um projeto de medicalização da sociedade. Modernizar a cidade significava não apenas realizar reformas urbanas, mas também medicalizar toda a sociedade, ou seja, intervir nos hábitos e costumes das pessoas, ditando novas formas de relações familiares e novos padrões de comportamento. Seria tarefa da medicina produzir um novo tipo de indivíduo e de população, para combater a periculosidade do social, normatizando-o”.

⁴⁹ “Polícia médica” é o termo utilizado pela historiografia para fazer referência à atuação dos médicos higienistas no estabelecimento de diretrizes comportamentais a serem seguidas pela população, as quais, apresentadas sob o argumento da proteção e segurança da sociedade, muitas vezes eram determinadas e/ou fiscalizadas, de forma ríspida e coercitiva, lembrando por essas características a atuação policial. Alisson Eugênio faz o seguinte registro sobre a expressão “polícia médica”: “Segundo os autores das propostas destinadas a atingir tais finalidades, um dos motivos que mais colaboravam para a insalubridade da sociedade brasileira eram algumas práticas que, para eles e boa parte das pessoas mais bem informadas, estavam na contramão da civilização. Por essa razão, elas deveriam ser alvos de uma reforma, quer dizer, de um esforço sistemático de transformação de atitudes e valores, por meio da qual seriam eliminadas ou controladas. Tal esforço remete ao que, a partir do século 18, começou a ser chamado de ‘polícia médica’, isto é, um conjunto de teorias e ações político-administrativas organizado para garantir a segurança da saúde da população quando os efeitos das doenças passaram a ser encarados pelo Estado como problema social e econômico” (EUGÊNIO, 2012, p. 81, grifo do autor).

⁵⁰ A professora Diana Maul de Carvalho faz o seguinte registro: “Entendemos a história das doenças como um marcador importante das formas de organização das sociedades humanas, dos modos de produção, das intervenções no ambiente que permitem definir o território como espaço construído pelo movimento dos homens (SANTOS, 1988), uma criação humana da qual as doenças constituem um componente essencial” (CARVALHO, 2016, p. 28).

Outra questão que denota a importância da historiografia da saúde é modificação da compreensão da saúde humana⁵¹ de acordo com a época e o ambiente social que se estuda. Como a percepção da saúde, para além das questões fisiopatológicas, está intrinsecamente relacionada à forma como vive o indivíduo dentro de um contexto social, científico, cultural, religioso e político⁵², a consequência é que a valoração da salubridade, ao longo do tempo, não é uniforme, modificando-se sob o efeito da alteração de conceitos e pesos dos seus contextos balizadores⁵³.

No curso da História, a humanidade já teve, por exemplo, o entendimento de que a saúde era questão exclusivamente divina, sem qualquer chance de controle de sua parte; já entendeu que a saúde ou sua falta derivava de características raciais; já teve a percepção de que a saúde era avaliada pela ausência da doença e passou a compreender a saúde como a manutenção da vida com qualidade. De maneira mais específica, do século XVIII ao XIX⁵⁴, ocorreu a passagem da Medicina classificatória

⁵¹ Enfrentando a complexa tarefa de produzir um conceito universal de saúde diante das muitas variáveis que se conectam ao tema, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou, na Carta de Princípios, de 7 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde), a seguinte definição: “Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”. Essa conceituação refletia a aspiração nascida dos movimentos sociais do pós-guerra: o fim do colonialismo, a ascensão do socialismo. Saúde deveria expressar o direito a uma vida plena, sem privações.

⁵² Moacyr Scliar afirma que o conceito de saúde “[...] reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas. O mesmo, aliás, pode ser dito das doenças. Aquilo que é considerado doença varia muito. Houve época em que masturbação era considerada uma conduta patológica capaz de resultar em desnutrição (por perda da proteína contida no esperma) e em distúrbios mentais. A masturbação era tratada por dieta, por infibulação, pela imobilização do ‘paciente’, por aparelhos elétricos que davam choque quando o pênis era manipulado e até pela ablação da genitália. Houve época, também, em que o desejo de fuga dos escravos era considerado enfermidade mental: a drapetomania (do grego *drapetes*, escravo). O diagnóstico foi proposto em 1851 por Samuel A. Cartwright, médico do estado da Louisiana, no escravagista sul dos Estados Unidos. O tratamento proposto era o do açoite, também aplicável à ‘disestesia etiópica’, outro diagnóstico do doutor Cartwright, explicando a falta de motivação para o trabalho entre os negros escravizados” (SCLIAR, 2007, p. 30, grifos do autor).

⁵³ Em razão disso, Diana Maul de Carvalho alerta que “[...] a interpretação de textos deve levar em conta que, na nossa leitura, podemos não considerar como doenças eventos não reconhecíveis hoje como tais (a não ser que explicitamente nomeados). Provavelmente, também estarão pouco representados eventos não considerados na época como anormais, ainda que hoje correspondam a doenças bem identificadas” (CARVALHO, 2016, p. 28).

⁵⁴ Nesse contexto, tiveram destaque Philippe Pinel (1745-1826) e Claude Bernard (1813-1878). Pinel foi pioneiro no tratamento de doentes mentais e um dos precursores da psiquiatria moderna; formado em Medicina pela Universidade de Tolouse (França), dirigiu os hospitais de Bicêtre e Salpêtrière; substituiu tratamentos antigos como sangrias, vômitos induzidos, purgações e ventosas, por terapias ocupacionais e outros mais respeitosos e não violentos. Claude Bernard licenciou-se em medicina em 1843, foi professor no *Collège de France*, na Sorbonne, e depois no Museu Nacional de História Natural; é considerado um dos principais iniciadores da linha experimental hipotético dedutiva da Medicina, frequentemente formalizada como OHERIC — Observação,

para a fisiopatológica. A diferença entre elas está no fato de que, na Medicina do século XVIII, a doença era reconhecida a partir da sua manifestação no corpo do doente, enquanto na Medicina fisiopatológica do século XIX propõe-se definir positivamente as características de normalidade do corpo humano, permitindo identificar a doença, categorizando-a, e descobrir o doente por comparação com o “normal”. Essa possibilidade de identificação de doenças e doentes confere ao médico o papel de definir um valor social: a saúde.

Entre o século XIX e o XX passou-se à compreensão da doença não apenas como resultado de alterações do corpo sob efeitos externos, mas como resultante de relações que estabelecem os seres vivos dentro do ecossistema. As concepções de saúde/doença foram ampliadas pela utilização das anatomias patológica e fisiológica, impulsionadas pela incorporação crescente de tecnologias de imagem, exames laboratoriais automatizados, tecnologia genética etc., que subsidiavam o fazer médico e atuavam como instrumento legitimador da sua prática⁵⁵.

Especificamente no século XX, o aprofundamento desses estudos fez surgir uma nova disciplina, a epidemiologia⁵⁶, que agrega ao saber médico o conhecimento teórico e metodológico de segmentos como a biologia, as ciências humanas e sociais, a matemática e a estatística. Nesse contexto, passam-se a estudar as causas da ocorrência e da proliferação das doenças sem que o ponto de partida seja o doente. Isso possibilita a uniformização de critérios de diagnósticos e de definição de doenças, que passam a ser catalogados em documento identificado como Classificação

hipótese, experiência, resultado, interpretação e conclusão; sua principal obra é intitulada *Introdução ao Estudo da Medicina Experimental*.

⁵⁵ “É importante lembrar que as transformações sociais e o próprio desenvolvimento da medicina resultaram em uma mudança no quadro demográfico. Ou seja, a estrutura etária da população, anteriormente representada por uma pirâmide – em que a base alargada traduzia a predominância das camadas mais jovens com relação às mais velhas, representadas no cume – transforma-se, paulatinamente, assumindo a forma de um fuso em que a base estreita representa a tendência à diminuição do crescimento e o alongamento do envelhecimento da população. As transformações no quadro demográfico mundial ocorreram inicialmente nos países mais industrializados, ditos “desenvolvidos”. Nos países “emergentes” este é um processo mais recente, mas de evolução mais rápida, tornando-se países ‘envelhecidos antes de enriquecidos’ como assinala Veras (2002)” (CARVALHO, 2016, p. 32, grifos da autora).

⁵⁶ Levando em conta a conceituação de Rouquayrol e Goldbaum (2003), epidemiologia é a ciência que estuda o processo saúde-doença em coletividades humanas, analisando a distribuição e os fatores determinantes das enfermidades, danos à saúde e eventos associados à saúde coletiva, propondo medidas específicas de prevenção, controle ou erradicação de doenças, e fornecendo indicadores que sirvam de suporte ao planejamento, administração e avaliação das ações de saúde.

Internacional de Causas de Morte, que persiste até os dias atuais, porém sob a designação de Classificação Internacional de Doenças-CID.

No século XXI, a saúde recebeu os efeitos concretos da epidemiologia já consolidada e amadurecida, bem como das mudanças demográficas e da globalização. As práticas médicas passaram a ter maior relação de dependência com a indústria de insumos e com os serviços de saúde organizados, enquanto o Judiciário surge como garantidor da prestação de saúde à população como direito à vida.

Essa rápida apresentação do curso da Medicina, por si, não deixa dúvida da relação direta dos acontecimentos, seus efeitos e repercussões, com a História, a História da saúde/da doença. Aliás, a própria classificação como História da saúde e/ou História das doenças é objeto de divergências e repercussões na historiografia, considerando a relação de fato verificada entre saúde e História. Isso deriva especialmente da ampliação do conceito de saúde não só no âmbito científico, como na Medicina e no campo social. Ao longo do tempo, a percepção e a definição de saúde vêm se desvinculando da necessidade de contraposição às doenças, para possuir identificação própria e autônoma, que permite caracterizar o corpo humano como saudável, independentemente de nele se verificar a presença de enfermidade. É o caso, por exemplo, que ocorre em pacientes com HIV ou diabetes: a evolução da ciência permitiu que soropositivos e diabéticos vivam com normalidade, gozando de bem-estar e integridade física, desde que mantenham suas enfermidades controladas por tratamentos próprios.

A ciência médica que, no século XX, tinha seu foco no combate à doença, na luta contra a morte, como garantia da saúde, no século XXI passou compreender a salubridade, não obstante a presença de doença, como vida com qualidade/qualidade de vida. Nesse sentido, Marc Lalonde, analisando a realidade e as perspectivas de saúde dos canadenses, acentuou que “[...] é importante dar vida aos anos e não somente anos à vida” (LALONDE, 1981). Na mesma sintonia, Milton Santos (2003) explica que, nesse sentido, a vida se tornaria não apenas mais longa, mas também mais digna de viver.

Para além das causas e efeitos relacionados à ocorrência ou não das doenças, como o entendimento do indivíduo sobre o seu próprio corpo, as mudanças de

comportamentos sociais, a modificação da estrutura das cidades, as alterações no estabelecimento de relações interpessoais, interessam à História, como ciência, na sua interface com a saúde humana, também, as relações de poder estabelecidas pelos “detentores da cura”. Sendo a saúde um dos maiores objetos de desejo humano e, ao mesmo tempo, uma constatação de fragilidade, uma vez que inerente à manutenção da vida, aqueles que detêm ou aparentam deter a capacidade de provê-la, preservá-la ou restaurá-la são legitimados a controlar a utilização do corpo humano pelo próprio indivíduo, estabelecer ou desfazer comportamentos e relações sociais, determinar práticas de âmbito público ou privado, promovendo verdadeiro controle e disciplina sobre o comportamento humano.

Nesse sentido é que se estabelece o poder-saber da saúde/Medicina⁵⁷. Os conhecimentos médicos e sua propagação sobre a vida humana percorrem a História, produzindo efeitos diretos sobre as formações sociais, classificando, induzindo, acolhendo, estereotipando, auxiliando, salvando, condenando indivíduos ou grupos inteiros. O conhecimento/controlado sobre um bem da vida tão desejado confere aos operadores da medicina poder sobre aqueles que desejam ter saúde. Interessante destacar que esse domínio é exercido de tal modo que, em muitos momentos, o consolo, o alívio e o amparo desejado pelo doente saciam-se na atenção daquele que, na sua visão de paciente, é “capaz de prover a saúde”, ainda que a cura de fato não se materialize. Essa dependência emocional permite que os detentores do poder-saber da saúde, no exercício do controle sobre a carência do enfermo, às vezes lancem mão de artifícios que, muito mais que a provisão da saúde em si, buscam satisfazer a carência apresentada pelo paciente⁵⁸, até mesmo no intuito de nutrir a reverência verificada naquela relação.

⁵⁷ Esse conceito teve destaque a partir da obra de Michel Foucault. “O poder produz saber [...], não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder” (FOUCAULT, 2010, p. 30). Segundo Foucault (2010), o sistema médico, no primeiro momento, tinha como preocupação o entendimento da doença em relação ao corpo humano. Depois mudou sua direção, passando a exercer o controle e o isolamento das pessoas que possuíam determinada doença. Sua obra traz como exemplo de exercício de poder pela medicina o contexto da hanseníase (lepra), na década de 1920, quando os leprosos eram exilados e internados em locais distantes, chegando a ter suas casas queimadas, como forma de tentar erradicar a doença. Nesse sentido, a Medicina funcionaria como agente de disciplinarização da sociedade.

⁵⁸ Erving Goffman (1975) destaca que, para manter as expectativas coletivamente forjadas, os atores sociais desempenham certos papéis que, muitas vezes, representam mais uma projeção dos desejos de seus interlocutores (ou de sua plateia) do que o que realmente acreditam ou planejam realizar.

Charles Rosenberg (1995, p. 285) salienta que as ações tomadas diante de uma epidemia não precisam, necessariamente, ser eficazes. Vivendo sob a pressão gerada pela experiência epidêmica, a população já parece confortada apenas em saber que não está largada à própria sorte. Assim, algumas vezes, as medidas oficiais são “rituais” que têm eficácia apenas simbólica⁵⁹. É oportuno ponderar, como fez Anny Jackeline Torres Silveira (2015, p. 67-68), que não sendo a Medicina um saber homogêneo e não permanecendo a sociedade inerte diante dele, a influência que exerce é fruto de um processo dinâmico e dialético, oriundo de conexões e interferências que sofre de outras dimensões sociais. As doenças e suas respostas seriam socialmente construídas dentro de uma configuração particular de necessidades, percepções e expectativas.

A propósito, como a saúde, como já abordamos, consiste em conceito variável dentro de contextos culturais, sociais, políticos e religiosos, é natural que esse poder-saber não seja exclusivo da Medicina ao longo da História. Exemplo disso é a influência da religião diante da crença, manifesta em alguns momentos e povos, de que a saúde, ou sua falta, é questão exclusivamente divina. Nessa condição, a religião, quando relaciona a doença com a desobediência pagã, a promiscuidade pecaminosa com a fúria dos deuses, exerce direta relação de poder sobre o indivíduo e a sociedade, sendo consequência que líderes religiosos apregoem regras de comportamento e fórmulas de “purificação” que seriam indispensáveis à outorga da saúde pelo divino⁶⁰.

⁵⁹ Anny Jackeline Torres Silveira, ao tratar das expectativas dos doentes, cita o seguinte trecho da obra de Moacyr Andrade (ANDRADE, Moacyr. *Coisas da medicina no início de BH. Revista do Arquivo Público Mineiro*, Ano XXXIII, 1982, p. 228): “O povo gostava de receitas longas. Não havia fé em receitas curtas. Coisas do povo... Qualquer um achava ruim, depois de examinado, receber do médico só o nome de um preparado escrito em uma única linha... Queriam ver o médico, compenetradíssimo, calado, de óculos, numa mesa a meditar para escrever a receita do xarope, poção, pílula, ou cápsula, que deveria curá-los... Remédio assim é que incutia fé na sua eficiência... Ai do médico que não formulasse e se limitasse a receitar preparados fabricados! Podia contar com a desconfiança coletiva em sua ciência... Estava desmoralizado... E os médicos sabiam também que as receitas compridas tinham prestígio... Diversos deles eram conhecidos pelo comprimento de seu receituário” (ANDRADE, apud SILVEIRA, 2015, p. 64).

⁶⁰ Em contraposição ao entendimento espiritual da saúde, emergiram as teorias de Hipócrates, grego considerado o “pai da medicina”. Em resumo, Hipócrates defendia a existência de quatro fluidos (humores) principais na composição do corpo: bile amarela, bile negra, fleuma e sangue. O corpo humano seria uma unidade organizada e, assim, a saúde, o resultado do equilíbrio desses componentes e a doença, resultado da desorganização desse estado. “Essa visão religiosa antecipa a entrada em cena de um importante personagem: o pai da Medicina, Hipócrates de Cós (460-377 a.C.). Pouco se sabe sobre sua vida; poderia ser uma figura imaginária, como tantas na Antiguidade, mas há referências à sua existência em textos de Platão, Sócrates e Aristóteles. Os vários escritos que lhe são atribuídos, e que formam o *Corpus Hipocraticus*, provavelmente foram o trabalho de várias pessoas, talvez em um longo período de tempo. O importante é que tais escritos traduzem

Tomando como exemplo o cristianismo, é possível verificar, a partir da Bíblia Sagrada, referências a Deus como o grande médico. O livro de Êxodo, capítulo 15, versículo 26, afirma:

Se vocês derem atenção ao Senhor, o seu Deus, e fizerem o que ele aprova, se derem ouvidos aos seus mandamentos e obedecerem a todos os seus decretos, não trarei sobre vocês nenhuma das doenças que eu trouxe sobre os egípcios, pois eu sou o Senhor que os cura (BÍBLIA, acesso em 30 jul. 2017).

No livro de Provérbios, capítulo 3, versículos 7 e 8, lê-se: “Não seja sábio aos seus próprios olhos; tema o Senhor e evite o mal. Isso dará a você saúde ao corpo e vigor aos ossos” (BÍBLIA, acesso em 30 jul. 2017). Dentro desse contexto, é comum entidades religiosas administrarem hospitais, casas de saúde, sanatórios, santas casas de misericórdia que, muito mais que locais de cura, às vezes funcionam como espaço de consolo, caridade, propagação da fé religiosa, exercício de domínio doutrinário, firmado na saúde humana.

Não obstante, deve ser registrado que, além dos efeitos produzidos sobre o corpo humano, sobre o corpo social e sobre as relações de poder, a saúde e suas repercussões também atuam diretamente sobre as estruturas de governo e sobre a burocracia administrativa (ROSENBERG, 2002, p. 239), uma vez que a necessidade de organização, provimento e garantia desse bem da vida pelo Estado, como representação da sociedade, direciona políticas públicas, regras legislativas e fixação de direitos e obrigações relacionados com o assunto.

Por tudo isso, conforme indicado pelos apontamentos feitos ao longo deste subtítulo, a História, ciência que tem por objeto a pesquisa, o acompanhamento, a verificação e o registro da humanidade em suas fases e acontecimentos, possui como ponto natural de estudo a saúde — bem indispensável à vida humana —, que provoca no indivíduo e nas suas organizações diversas repercussões.

uma visão racional da medicina, bem diferente da concepção mágico-religiosa antes descrita. O texto intitulado ‘A doença sagrada’ começa com a seguinte afirmação: ‘A doença chamada sagrada não é, em minha opinião, mais divina ou mais sagrada que qualquer outra doença; tem uma causa natural e sua origem supostamente divina reflete a ignorância humana’ (SCLIAR, 2007, p. 32).

3.2 A SAÚDE PARA O DIREITO

De modo geral, pode-se dizer que o Direito, como ciência, se dedica à organização e à proteção das relações estabelecidas pelo homem, sejam elas derivadas de sua concepção individual, de seu convívio com os semelhantes, de sua interação com o ambiente em que vive ou do domínio sobre os bens que possui etc. O Direito procura promover o equilíbrio social e a pacificação dos conflitos surgidos a partir das relações humanas, conferindo garantias, balizas e instrumentos para que a humanidade exerça direitos, respeitando limites estabelecidos pelos direitos daquele(s) com quem se relaciona.

Nesse contexto de organização científica das relações humanas, a saúde, na sua essencialidade para a vida, ocupa a classificação de direito natural, isto é, inerente à própria existência do homem, pilar de todas as suas demais construções pessoais e interpessoais, seu maior patrimônio. Com essa caracterização, a saúde é objeto indissociável da ciência do Direito, cuja essência é a promoção e preservação da vida humana em plenitude de gozo e capacidade de interação. Sob tal aspecto, aliás, a essencialidade da saúde reflete no direito não só a proteção à existência humana em si, mas a necessidade de que o indivíduo viva com qualidade (dignidade), e em condições de exercer integralmente as relações que lhe são possíveis (cidadania).

Dessa forma, é importante anotar que a regulação exercida pelo Direito em relação à saúde humana é ampla e busca estabelecer mecanismos que assegurem sua promoção e proteção em diversos níveis de segmentação da ciência jurídica (subáreas do Direito) e de organização da sociedade humana. Tomando como exemplo o Direito brasileiro, a saúde, sendo um bem natural do indivíduo e essencial à sua existência, recebe promoção por meio de regras de natureza previdenciária⁶¹ (assistência à saúde do segurado, com promoção de serviços e benefícios, mediante contribuição financeira para manutenção do sistema⁶²); proteção por parte do Direito Penal⁶³ (tipificação de condutas nocivas à vida e à saúde alheias, como o crime) e por

⁶¹ Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências.

⁶² Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

⁶³ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

parte do Direito do Trabalho⁶⁴ (garantia do exercício de atividades profissionais de forma protetiva e em ambientes salubres) e valorização e reparação por parte do direito tributário⁶⁵ (dedução do Imposto de Renda em virtude de gastos com tratamentos de saúde de âmbito particular), entre outros mecanismos.

Obviamente esse cuidado amplo e ramificado decorre de um entendimento maior, central e basilar da nação sobre a importância da saúde como bem a ser protegido, garantido e promovido entre os seus cidadãos, por meio de diretrizes manifestas na sua Lei Máxima, a Constituição. O Estado, por ser expressão da organização humana em sociedade, reconhece a saúde como valor essencial à vida dos seus cidadãos, traçando regras para sua preservação e valorização, em maior ou menor grau, com participação mais ampla ou mais restrita do aparelho público, conforme o caso.

Versando nossa pesquisa sobre a história da saúde como direito fundamental no Brasil e a efetivação da cidadania pelo Poder Judiciário nesse contexto, é importante, na demonstração da interface entre saúde e Direito, percorrer as Constituições brasileiras já editadas, buscando conhecer a normatização conferida pelo Estado à saúde através de seu maior documento jurídico, em cada momento histórico.

Nesse sentido, para melhor periodização, passamos a abordar as Constituições brasileiras editadas no Brasil entre o Império e a República, iniciando com a Constituição de 1824 e encerrando com a Constituição de 1988, trazendo a reboque informações historiográficas sobre o contexto político, social, jurídico ou cultural do tempo constitucional apresentado, de modo a contribuir para sua melhor compreensão.

A Constituição do Brasil Império, de 25 de março de 1824, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, trazia uma única disposição expressa de promoção da saúde, no inciso XXIV, do seu artigo 179, cuja redação era a seguinte:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a

⁶⁴ Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

⁶⁵ Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 3, de 13 de abril de 2017. Dispõe sobre a dedutibilidade das despesas com alimentação e plano de saúde fornecidos indistintamente pelo empregador a todos os seus empregados (BRASIL, 2017c).

propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
[sic]
[...]
XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. [sic]
[...] (BRASIL, 1824).

Analisando o texto constitucional de 1824, Ana Paula Oriola de Raeffray faz a seguinte observação:

[...] durante a Monarquia, foram praticados alguns atos pelo Estado, visando à proteção da Saúde. No entanto, configuraram-se como tímidas iniciativas apenas na área da Saúde Pública (denominados socorros públicos na Constituição Federal do Império) (RAEFFRAY, 2005, p. 152).

Exceto pelas observações específicas sobre o direito à saúde, é relevante destacar que a Carta Política de 1824 foi a primeira Constituição brasileira e a de maior período de vigência até o momento. De modo geral, trazia sistematização libertária em oposição ao absolutismo que buscava superar⁶⁶, em um esforço de pavimentar o caminho de nação independente que o Brasil começava a percorrer⁶⁷.

A primeira Constituição republicana⁶⁸, a Constituição da República dos Estados Unidos⁶⁹ do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, pelo então Presidente do Congresso Nacional, Senador por São Paulo, Prudente José de Moraes Barros, não fazia qualquer menção expressa à saúde, contrariando o momento social e político de

⁶⁶ Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco “[...] foi um grande estatuto político, uma lei fundamental que logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu nascimento, para se construir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para nossa maioria constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 163).

⁶⁷ Outra questão alusiva à organização política da Constituição Imperial, cuja referência é oportuna, reside no fato de que, contrariando a tripartição dos Poderes apregoada por Montesquieu (Executivo, Legislativo e Judiciário), a Constituinte de 1824 estabeleceu um quarto Poder no cenário brasileiro, o Poder Moderador, atribuído exclusivamente ao Imperador como prerrogativa para atuar sobre a manutenção da independência do país e sobre a organização e harmonia dos demais Poderes (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 402).

⁶⁸ “A Constituição de 1891 teve por Relator o Senador Rui Barbosa e sofreu forte influência da Constituição norte-americana de 1787, consagrando o sistema de governo presidencialista, a forma de Estado Federal, abandonando o unitarismo e a forma de governo republicana em substituição à monarquia” (LENZA, 2009, p. 55).

⁶⁹ Sobre a interferência da cultura constitucional norte-americana na elaboração da Constituição de 1891, é oportuno lembrar: “Fruto dessa influência alienígena, que o clássico João Barbalho reputou séria e proveitosa, mas que outros consideram equivocada, porque não se fez acompanhar de uma necessária e cautelosa redução sociológica, acabamos adotando o modelo norte-americano — não por acaso passamos a nos chamar *República Federativa dos Estados Unidos do Brasil* — em que pesem as profundas diferenças nos processos de construção das duas soluções federativas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 164, grifo dos autores).

sua edição, quando já pulverizados e crescentes no Brasil os debates sobre a salubridade da nação, especialmente sob o foco do desenvolvimento social e econômico, da modernização e do progresso do país. A ausência de texto constitucional expresse, entretanto, não significa que não houvesse ações de Estado no sentido de promoção da saúde dos brasileiros, inclusive pelo projeto de nação civilizada que já se desejava na época⁷⁰. O próprio art. 78 da Constituição de 1891 estabelecia:

Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.
[...] (BRASIL, 1891).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, promulgada em 16 de julho do referido ano, pelo Presidente da então Assembleia Nacional Constituinte, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, fez uma única menção expressa à saúde, no inciso II de seu art. 10, porém estabeleceu que competia concorrentemente à União e aos Estados cuidar da saúde pública⁷¹:

Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:
[...]
II - cuidar da saúde e assistência públicas;
[...] (BRASIL, 1934).

Para um melhor panorama da ordem constitucional de 1934, vale a seguinte transcrição:

[...], a Carta de 1934 trouxe novidades significativas, que se incorporaram de vez à nossa experiência constitucional e que a credenciaram ao respeito da posteridade, como a constitucionalização dos direitos sociais; a criação da Justiça Eleitoral; o sufrágio feminino; o voto secreto e o mandado de segurança, este superlativamente importante, entre tantas outras “florações” demonstrativas de que aquela Constituição cuidou, em abundância, dos interesses da coletividade [...]. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 167, grifos dos autores).

⁷⁰ Lima, Fonseca e Hochman (2005, p. 32) esclarecem que a saúde era prestada pelos Estados, dentro do contexto maior de política social: “No âmbito das políticas sociais, pela Constituição de 1891, cabia aos estados a responsabilidade pelas ações de saúde e saneamento, assim como pelas de educação”.

⁷¹ Clenio Jair Schulze e João Pedro Gebran Neto registram: “Os direitos sociais nasceram em terras brasileiras com a Constituição de 1934, passando a exigir uma prestação positiva do estado, com o objetivo de alcançar a isonomia substancial entre os cidadãos” (SCHULZE; GRBRAN NETO, 2015, p. 30).

Em 10 de novembro de 1937, o presidente da República Getúlio Vargas, usurpando poderes naturais do Congresso Nacional⁷², editou, pelo Poder Executivo, a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Nesse ordenamento, embora a saúde seja abordada em mais de um dispositivo — art. 16, inciso XXVI, e art. 18, alínea “c” —, houve a substituição da obrigação estatal (União e Estados) em prover a saúde, estabelecida antes na Constituição de 1934, pela competência dos mesmos entes para legislar sobre o tema:

Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

[...]

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

[...]

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

[...]

c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;

[...] (BRASIL, 1937)

Sob o aspecto ditatorial da ordem constitucional implantada no Brasil em 1937, é importante, para compreensão do ambiente em que se realizavam ou se deveriam realizar os direitos esculpidos em seu texto, entre os quais a saúde, trazer à colação os ensinamentos de Waldemar Martins Ferreira.

Desenhou-se complexamente o mecanismo do que se batizou — de Estado Novo. Não puderam os seus artífices, por isso mesmo, pô-lo em funcionamento. Não passou a carta de 1937 de engodo, destinado pura e simplesmente, a disfarçar o regime ditatorial em toda a amplitude do conceito. Destituída de sinceridade, aquela carta teve existência apenas no papel. Eis porque o seu organismo político nunca se armou. Tudo quanto nela se planejou foi mera fantasia. Não passou de cometimento demasiadamente longo para que se pudesse haver como simples tentativa; mas caracterizou-

⁷² Mendes, Coelho e Branco (2008) apresentam trecho do pronunciamento de Getúlio Vargas transmitido ao país através de emissoras de rádio, na noite de 10 de novembro de 1937, apresentando as razões que justificariam a ruptura com a Ordem Constitucional de 1934: “A organização constitucional de 1934, vazada nos moldes clássicos do liberalismo e do sistema representativo, evidencia falhas lamentáveis, sob esse e outros aspectos; a Constituição estava, evidentemente, antedatada em relação ao espírito do tempo. Destinava-se a uma realidade que deixara de existir. Conformada em princípios cuja validade não resistira ao abalo da crise mundial, expunha as instituições por ela mesma criadas à investida de seus inimigos, como o agravante de enfraquecer e anemizar o poder político” (VARGAS, apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 169).

se qual documento inapto, tardiamente desfeito, posto que inicialmente malogrado, para que se pudesse haver como Constituição, que assim indevidamente se qualificou. [...].

Não chegou a carta de 1937, em verdade, a adquirir foros constitucionais, não os alcançou por faltar-lhe o alento que somente lhe poderia ter vindo de ter sido elaborada pelo povo brasileiro. Não resultou do aprimoramento dos princípios constitucionais pelos quais ele sempre se orientou e se regeu. Não surgiu dele, exprimindo-lhe as aspirações e sentimentos nítida e tradicionalmente democráticos. Pelo contrário, ela se desfechou sobre e contra ele (FERREIRA, 2003, p. 108-109).

Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, pelo Presidente da então Assembleia Constituinte, o Senador Fernando de Mello Vianna, fazia uma única referência expressa à saúde como bem da vida, na alínea “b”, inciso XV, art. 5º, quando estabelecia a competência da União para legislar sobre o tema:

Art. 5º - Compete à União:

[...]

XV - legislar sobre:

[...]

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;

[...] (BRASIL, 1946).

Sobre a Constituição de 1946, vale destacar que o Brasil vivia um momento de redemocratização, o que refletiu sobre o texto constitucional editado para conduzir o país na época. Nesse ambiente, a Constituição de 1946 congregou as aspirações liberais da Constituição de 1981 e as garantias sociais da Constituição de 1934, buscando harmonizar a ordem econômica com a justiça social (LENZA, 2009, p. 68).

Mais adiante, sob o comando da ditadura militar estabelecida em 1964, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, promulgada conjuntamente pelas Mesas Diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ampliou, em seu texto originário, de forma tímida, a abordagem da saúde pelo sistema constitucional brasileiro, sem estabelecer, entretanto, o comprometimento de fato do Estado na realização de tal política pública. O texto constitucional de 1967 manteve na alínea “c”, inciso XVII, seu art. 8º, a competência da União para editar normas sobre o assunto, já manifesta pelas Constituições de 1937 e 1946, e ampliou a abordagem da saúde no inciso XIV do mesmo artigo, conferindo à União a atribuição de estabelecer planos nacionais de saúde:

Art. 8º - Compete à União:

[...]

XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde;

[...] (BRASIL, 1967).

De modo sucinto, inclusive pela pouca vigência da Constituição de 1967, ao menos com seu texto originário, para melhor compreensão do contexto de formatação constitucional vivido no Brasil no momento de sua edição, vale trazer a apresentação resumida de Pedro Lenza:

Na mesma linha da Carta de 1937, a de 1967 concentrou, bruscamente, o poder no âmbito federal, esvaziando os Estados e Municípios e conferindo amplos poderes ao Presidente da República. Houve forte preocupação com a “segurança nacional” (LENZA, 2009, p. 71, grifo do autor).

A peculiaridade histórico-jurídica da Constituição brasileira de 1967 está no fato de que o regime militar então vigente promoveu alteração radical de seu texto pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969⁷³, a qual, na realidade, promoveu o estabelecimento de uma nova ordem constitucional⁷⁴, pois, apesar de formatada no modelo de Emenda, promoveu a revogação total das disposições estabelecidas no texto original de 1967, e fixou novo regramento⁷⁵. Nesse ponto, importante dizer que, diante da amplitude da alteração de texto, operada pela Emenda nº 1/1969, correntes jurídicas divergem quanto à sua natureza: Emenda ou nova Ordem Constitucional (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 30).

De um lado se posicionam aqueles que, não obstante o volume de modificações produzidas no texto constitucional de 1967, defendem ideia de ser, de fato e de direito, Emenda Constitucional (BULOS, 2005, p. 63). Em sentido contrário, posicionam-se os

⁷³ “Ainda assim, até porque a História se faz com documentos, embora impingida aos brasileiros “de cima para baixo” — como foram as Cartas de 1824 e de 1937 — nem por isso, para o bem ou para o mal, a Emenda nº 1 à Constituição de 1967 há de ser apagada da nossa experiência constitucional. Recolhida ao museu das antiguidades, servirá como testemunho de uma época que, apesar de obscura, todos devem conhecer, quando mais não seja, para evitar que a história se repita...” MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 179, grifo dos autores).

⁷⁴ “A rigor, a chamada Emenda Constitucional nº 1, que pretendeu, com essa designação, “reformular” a Constituição de 1967, impôs ao País, inegavelmente, uma nova Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 411, grifo do autor).

⁷⁵ Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam: “Em linhas gerais, embora a Constituição de 1969 tivesse pretendido manter formalmente nossa estrutura jurídica como a de um Estado Democrático de Direito, os poderes especiais atribuídos ao Presidente da República e as hipóteses de suspensão de direitos individuais tornavam letra morta essa expressão” (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 30)

que consideram a Emenda nº 1/1969, em verdade, uma constituição brasileira independente e autônoma, como defende José Afonso da Silva:

[...] teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição, [...] uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas constituição do Brasil (SILVA, 2010, p. 88).

Não obstante essa discussão de natureza técnico-jurídica, na primeira versão da Emenda Constitucional nº 1/1969 foi apenas repetida a competência da União para estabelecer planos nacionais e normas de proteção relacionados à saúde (art. 8º, incisos XIV e XVII). Mais adiante, porém, no ano de 1985, já sob o impacto dos movimentos de redemocratização do país, a ordem constitucional de 1969 foi alterada pela Emenda nº 27, promulgada em 28 de novembro de 1985, que trouxe significativa ampliação da política de saúde no Brasil, determinando expressamente, no § 4º, art. 25, a obrigatoriedade de que os Municípios aplicassem em programas de saúde, no mínimo, 6% da receita que obtivessem por meio do Fundo de Participação dos Municípios, que estava instituindo:

Art. 25. Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá 33% (trinta e três por cento) na forma seguinte:

[...]

II - 17% (dezessete por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 27, de 1985) (Vigência)

[...]

§ 4º - Os Municípios aplicarão, em programas de saúde, 6,0% (seis por cento) do valor que lhes for creditado por força do disposto no item II.

[...] (BRASIL, 1985).

Como ato de consolidação da redemocratização brasileira, em 5 de outubro de 1988, foi promulgado, pelo então presidente da Câmara dos Deputados Ulisses Guimarães, o texto da atual Constituição da República Federativa do Brasil. Abrangendo as aspirações sociais pulsantes no momento de sua edição, a Constituição Federal de 1988 representa o maior avanço de proteção jurídica da saúde já verificado no país⁷⁶.

⁷⁶ Dirley da Cunha Júnior faz a seguinte narrativa: “Era uma tarde de quarta-feira, um dia ansiado por todos os brasileiros, ávidos por um novo Brasil e uma nova sociedade, plural e aberta, na qual todos, depois de anos de sombra e escuridão, pudessem nascer, viver e conviver livres e iguais em dignidade e direitos. Às 16:00 horas do dia 05 de outubro de 1988, um dia diferente e especial para o Brasil e todos os brasileiros, promulgou-se a nova Constituição do País, a Constituição da esperança, da democracia, da felicidade, do ser humano: a Constituição cidadã, como assim

Em apresentação sintetizada das suas maiores inovações, vale dizer que a Constituição de 1988 consagrou a saúde como direito fundamental da sociedade brasileira, impôs ao Estado o encargo de sua prestação à sociedade e estabeleceu diretrizes para organização de sistema único de prestação do serviço —o SUS —, firmado nos princípios da universalidade, descentralização, igualdade de acesso.

A grandiosidade da transformação operada pela Constituição de 1988 no campo da saúde pode ser compreendida pelo fato de que, fora as regulamentações espaçadas sobre o tema, o texto constitucional conta com uma Seção destinada especificamente à saúde, a de número II – Da Saúde, do capítulo I – Da Seguridade Social, do título VIII – Da Ordem Social.

Para melhor visualização, vale transcrever os art. 6º, 196, 197 e 198 da Constituição, que bem expressam a política de saúde fixada pelo ordenamento vigente:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Embora anteriormente à promulgação da Constituição de 1988 a saúde já se manifestasse como direito previsto em regras constitucionais e infraconstitucionais,

intitulada por quem presidia a tão emocionada e histórica Sessão da Assembleia Nacional Constituinte” (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 412).

deixando evolutivamente o teor de aspiração humanitária para consolidar-se como direito do cidadão⁷⁷ e obrigação estatal, é fato que sua elevação à condição de direito fundamental no texto constitucional promoveu mudanças de comportamento, tanto daqueles com titularidade sobre o direito, como dos que têm por atribuição provê-lo. O Poder Judiciário, por exemplo, deixou de ser espectador de uma atuação administrativa (a cargo do Governo) para ser garantidor de um direito estruturante do Estado e da sociedade brasileira⁷⁸.

É natural que dessa ampliação da política de saúde brasileira, com inovações de responsabilidades, obrigações e benefícios, também resulte um maior número de conflitos em torno da efetivação do serviço de saúde, seja pelo inadimplemento de quem o devia prestar, seja em virtude de peculiaridade de quem depende do serviço, seja pela participação do Poder Judiciário como provedor em última instância etc. Tudo é disciplinado pelo Direito que, de modo direto, se associa à preservação, à proteção e à prestação da saúde ao cidadão.

Toda a exposição feita neste tópico, o percurso de tempo histórico que realizamos até aqui, especialmente acompanhando a linha sequencial do ordenamento constitucional brasileiro, tem por objetivo demonstrar que a saúde, como bem indispensável à vida humana, e o Direito, como ciência que tem por objeto a organização e a defesa do ser humano e das relações por ele estabelecidas, interagem de modo natural e contínuo

⁷⁷ Interessante a reflexão de Moacyr Scliar ao argumentar sobre a amplitude social da regulamentação da saúde pela Constituição brasileira de 1988, tomando em comparação a definição do conceito de saúde apresentada pela Organização Mundial da Saúde em 1948: “A amplitude do conceito da OMS (visível também no conceito canadense) acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde” (SCLIAR, 2007, p. 37). “A pergunta é: como criar uma política de saúde pública sem critérios sociais, sem juízos de valor? Por causa disso, nossa Constituição Federal de 1988, artigo 196, evita discutir o conceito de saúde, mas diz que: ‘A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação’. Este é o princípio que norteia o SUS, Sistema Único de Saúde. E é o princípio que está colaborando para desenvolver a dignidade aos brasileiros, como cidadãos e como seres humanos” (SCLIAR, 2007, p. 39).

⁷⁸ “Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender prestações minimamente essenciais à efetividade de direito fundamental social, abre-se espaço para a atuação jurisdicional” (SHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p.11).

no processo de promoção e proteção da vida humana. Nesse contexto, saúde e Direito, saúde como direito e direito à saúde são uma coisa só⁷⁹.

3.3 A INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE HISTÓRIA E DIREITO NO ESTUDO DA SAÚDE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Ao longo do século XIX e início do século XX, as ciências em geral passaram por um processo de ampliação, ocupação de espaços e ramificação, buscando segmentar-se em especialidades bem definidas, capazes congregarem o maior conhecimento possível acerca de um objeto específico e de delimitar o seu campo de conhecimento e atuação.

A partir da metade do século XX, esse movimento começou a ser enfraquecido com a mudança do pensamento científico acerca da necessidade de integração de conhecimentos para compreensão da realidade⁸⁰. As diversas naturezas dos acontecimentos que compõem a vida humana só poderiam ser compreendidas a partir da avaliação conjunta dos conhecimentos a elas relacionados e, nesse sentido, a segmentação das ciências em especialidades, disciplinas, áreas de conhecimento específicas, com atuação isolada, não mais interessavam. Iniciou-se, então, o movimento de aplicação conjunta de conhecimentos diversos nas reflexões científicas, como forma de compreender as várias faces de manifestação da realidade estudada. Cada nível de conhecimento aplicado ao estudo revelaria uma face do objeto estudado, permitindo sua compreensão e interação por todas as áreas de conhecimento que com ele se conectavam. Esse ambiente de interação de conhecimentos diversos sobre um objeto único caracteriza a interdisciplinaridade.

⁷⁹ Álvaro Nagib Atallah, prefaciando Schulze e Gebran Neto (2015, p. 19), demonstra a interdependência do Direito e da saúde no âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, a partir da seguinte reflexão: “Muito se criticam os sistemas de saúde e jurídicos nacionais, como resposta, os dois tem um caminho inevitável – a busca da eficiência (melhores resultados por unidade de custo) através de pesquisa clínica (ou seja, pesquisa realizada com pessoas). Isto significa que se pode e se deve integrar não apenas os conhecimentos das duas áreas nas decisões, mas também os processos de pesquisa científica de ambos, para que as decisões sejam cada vez melhores e encantem a sociedade brasileira” (ATALLAH, 2015, p. 19).

⁸⁰ Para Crislane Barbosa de Azevedo e Maria Inês Sucupira Stamatto, essa [...] mudança de objetivos dentro da história ensinada é melhor compreendida quando observamos as transformações ocorridas no âmbito historiográfico, ocorridas dentro do próprio contexto de discussões acerca da chamada crise de paradigmas da ciência. No início do século XX, a teoria da relatividade, a teoria quântica e a teoria elétrica da matéria romperam com o paradigma científico empírico-analítico, quebrando certezas e flexibilizando conceitos” (AZEVEDO; STAMATTO, 2010, p. 81).

Segundo Ivani Fazenda (1994, p. 18), o movimento interdisciplinar surgiu na década de 1960 na Europa, especificamente Itália e França, por meio de movimentos estudantis que se colocavam contra a superespecialização. O debate sobre os estudos interdisciplinares chegou ao Brasil no final da década de 1960, podendo ser dividido em três períodos: o início do processo de estruturação conceitual básica — década de 1970; a busca de epistemologias que explicitassem o aspecto teórico e o abstrato, a partir do mundo prático e do real — década de 1980; e a busca por uma teoria da interdisciplinaridade — a partir da década de 1990 (FAZENDA, 1994, p. 17-19).

Um dos pilares do movimento da interdisciplinaridade é o fato de que a especificação dos conhecimentos das ciências (divisão em áreas segmentadas) não lhes permitia compreender os acontecimentos fora de seus respectivos campos teóricos. A realidade, formulada a partir da incidência de diversas variáveis, quando submetida à apreciação de um conhecimento restrito, relacionado com apenas uma ou algumas de suas nuances, por mais especializado que fosse, não era suficiente para proporcionar o entendimento integral do campo prático, já que faltava à análise informações derivadas de outros nichos de conhecimento integrantes do objeto de estudo em sua forma real.

A teoria do reducionismo, para a qual quanto mais específico, mais especializado o campo da ciência, maior sua capacidade de conhecimento do objeto de estudo, perdeu espaço para o entendimento de que a melhor compreensão científica adviria da maior congregação de conceitos e da ampliação dos campos de estudo. As ocorrências do mundo real, não sendo inertes, nem padronizadas, exigiriam para sua avaliação a aplicação de todos os conhecimentos presentes em sua formação, o que só seria possível a partir da interação entre as ciências, cada uma trazendo ao estudo da outra a contribuição necessária à compreensão do seu segmento na formação do todo.

Em análise sobre as perspectivas da educação interdisciplinar, Fazenda (1994, p. 117, grifo da autora) afirma que, para o exercício da interdisciplinaridade, é necessário pautarmo-nos no argumento do “mundo real”, ou seja, a vida, “[...] segundo esse argumento, é naturalmente ‘interdisciplinar’, portanto, a educação interdisciplinar reflete o mundo real de maneira mais eficiente do que a instrução tradicional [...]”. Sob

essa ótica, a prática interdisciplinar serviria também como solução para alguns problemas sociais, uma vez que contribuiria para a formação de cidadãos mais críticos e conscientes de seus papéis sociais na diversidade das relações que estabelece.

Restringindo a avaliação ao nosso campo de trabalho, qual seja, a História da saúde como direito fundamental no Brasil e a efetivação da cidadania pelo Poder Judiciário, é importante registrar que as ciências que a ele se referem diretamente, História e Direito, também passaram pelo processo de esgotamento de seus paradigmas explicativos, de seus conceitos e de seus postulados interpretativos a partir do movimento interdisciplinar iniciado em 1960, o que lhes possibilitou a aproximação com outras áreas de conhecimento, inclusive entre si, e a consequente ampliação de temas, fontes e métodos de seus estudos.

Em relação à História, é imprescindível que nossa reflexão leve em conta o conceito de *Annales*, empregado por Peter Burke (2010) como referência ao movimento historiográfico, ocorrido na França do século XX, que propôs, em síntese, a investigação a partir do desenvolvimento de uma história-problema em substituição à tradicional narrativa dos eventos; a ampliação das pesquisas históricas por meio da interdisciplinaridade; a consideração pela história das atividades humanas como um todo e não só sob o aspecto político; a substituição do tempo histórico breve pelos processos de longa duração⁸¹.

⁸¹ Crislane Barbosa de Azevedo e Maria Inês Sucupira Stamatto explicam que, na trajetória do movimento dos *Annales*, são contempladas três fases. “Na primeira, de 1920 a 1945, sob a orientação de Bloch e Febvre, privilegiou-se a história econômica e social. A totalidade era obtida na história econômica, opondo-se à história tradicional. A segunda fase, de 1945 a 1968, dominada pela presença de Fernand Braudel, preteriu grande parte da história social, privilegiando a história econômica, opção que se justifica pela expansão econômica mundial no pós-Segunda Guerra (1939-1945), que promoveu intensa industrialização, urbanização e consumo. A última fase corresponde ao período de 1968 até nossos dias, quando já não se observa mais o predomínio de determinados intelectuais e é forte o aspecto interdisciplinar/multidisciplinar, em que diferentes perspectivas e autores encontram espaço de atuação. A partir, principalmente, dos anos de 1970, o que se observa é o surgimento de uma nova orientação marcada por uma fragmentação teórica a partir das propostas de Le Goff, Le Roy Ladurie e Pierre Nora e outros. Há um rompimento com a preocupação com a totalidade do social, da história total, como postulava o projeto original dos *Annales*. Passa-se a pesquisas sobre novos e por vezes específicos temas: mulheres, crianças, famílias, entre outros” (AZEVEDO; STAMATTO, 2010, p. 81-82).

A Escola dos *Annales*⁸², como ficou conhecido o movimento liderado por Lucien Febvre e Marc Bloch⁸³, surgiu com a intenção de superar a influência positivista, ao renovar e ampliar o quadro das pesquisas históricas. Assim, abriu o campo da História para o estudo de atividades humanas até então pouco estudadas, substituiu a noção de fontes e objetos históricos, além de destacar em suas investigações a possibilidade de interpretação os métodos interdisciplinares (AZEVEDO; STAMATTO, 2010, 81).

O movimento dos *Annales* acusava a história tradicional de ter a sua ação voltada somente para os grandes acontecimentos, excluindo da investigação científica muitos aspectos da atividade humana, passíveis de historicidade⁸⁴. Em contrapartida, incentivou o rompimento da escrita histórica com o antigo método e influenciou historiadores de várias partes do mundo à ampliação de suas investigações e registros, caracterizando-se modificação do comportamento científico dos historiadores, que se tornou mundialmente conhecida como a “Nova História”.

Para a “Nova História”, a interdisciplinaridade das pesquisas é elemento essencial ao resultado da investigação científica. O entendimento é de que, destinando-se a pesquisa ao estudo do homem em suas relações, no que se inclui necessariamente um campo de abordagem objeto de diversas ciências (sociologia, antropologia, medicina etc.), não é possível se obter o melhor resultado sem avaliar o conjunto de

⁸² Para Hebe Castro, o movimento dos *Annales* passou a conceber a história como “[...] forma de abordagem que prioriza a experiência humana e os processos de diferenciação e individualização dos comportamentos e identidades coletivas — sociais — na explicação histórica” (CASTRO, 1997, p. 52-53).

⁸³ Oportuno transcrever Guy Bourdê e Martin Hervé, quando, manifestando-se sobre Marc Bloch, produzem precioso registro acerca dos reflexos dos *Annales* sobre a História, como ciência e disciplina: “[...] M. Bloch insiste na necessidade de dar uma sólida instrução aos jovens historiadores: ‘É bom que o historiador possua pelo menos uns laivos das principais técnicas de seu ofício... A lista das disciplinas auxiliares que propomos aos nossos debutantes é demasiadamente curta’. Portanto, à aprendizagem da epigrafia, da paleografia, da diplomática, convém juntar uma iniciação à arqueologia, à estatística, à história da arte, às línguas antigas e modernas. E isto não basta. Para ser um autêntico profissional da história, é preciso conhecer igualmente as ciências vizinhas: a geografia, a etnografia, a demografia, a economia, a sociologia, a linguística. [...] ‘Se não for possível conseguir a multidisciplinaridade das competências num mesmo homem (o historiador), pode encarar-se uma aliança das técnicas praticadas por eruditos diferentes’. O que se supõe a organização de um trabalho por equipas, que reagrupa especialistas de diversas disciplinas!” (BOURDÊ; HERVÉ, 1990, p. 126-127).

⁸⁴ Refletindo sobre a interdisciplinaridade no âmbito da educação, Ari Paulo Jantsch e Lucídio Bianchetti (1995) mostram que a filosofia do sujeito é a expressão maior da concepção a-histórica da interdisciplinaridade, pois nela não haveria valorização dos aspectos histórico-sociais que interferem na educação. Defendem que a interdisciplinaridade na concepção histórica, como princípio norteador entre a integração das disciplinas, não seria um método de redução a um denominador comum, mas um princípio de exploração das potencialidades de cada disciplina, da compreensão de seus limites, da valorização da diversidade.

elementos que o compõe, isto é, a história por si não pode apresentar com a exatidão necessária resultado de investigação que se relacione com o conhecimento de outras ciências, sem considerá-los e com eles interagir.

É certo que uma das principais contribuições das mudanças empreendidas pela “Nova História” foi a redefinição do conceito de fontes. Deixando a quase exclusividade dos documentos oficiais e dos registros escritos, os historiadores passaram a buscar novas evidências, como a oralidade, as fotografias, as artes e a literatura, abrindo espaço, por exemplo, para o uso de processos judiciais como fonte de pesquisa. Além disso, a historiografia passou a dialogar diretamente com outras áreas da ciência, como a Sociologia, Filosofia, Antropologia e o Direito, na realização de seus estudos, delas adquirindo a carga de conhecimentos e experiências que não lhe são próprios, mas que lhe são necessários.

Nesse sentido, os historiadores passaram a privilegiar, em suas pesquisas, as mudanças estruturais, principalmente sociais e econômicas, reduzindo a dedicação à história dos grandes homens, estadistas, generais, eclesiásticos e líderes políticos, ao passo que valorizava a experiência histórica das pessoas comuns e da mentalidade daqueles que, por muito tempo, foram silenciados pela historiografia oficial. Nas palavras de Peter Burke (2010), passou-se a contar a história “vista de baixo”. Dentro dessa filosofia, no que diz respeito especialmente à relação estabelecida entre a História Social e o Direito, compreende-se que o estudo da História deve seguir o estudo das leis, pois elas regulam as relações entre governantes, governados e o conjunto das normas que compõe o Direito Público (BOBBIO, 2004, p. 55).

É necessário ponderar que o vínculo da História tradicional com as relações de Poder, estabelecidas especialmente em torno dos governos e dos governantes⁸⁵, por exemplo, procrastinou as abordagens historiográficas propriamente relacionadas com o sistema de justiça e com o Poder Judiciário⁸⁶, as quais, entretanto, tem sido objeto

⁸⁵ No que se refere à relação entre História e Direito, é importante destacar a observação feita por Gunter Axt, no sentido de que “[...] nossa cultura historiográfica foi caudatária de uma concepção específica de poder, que sempre se estribou na apologia do presidencialismo forte e voluntarista, frequentemente sobreposto às demais instâncias” (AXT, 2001, p. 369). Em outras palavras, os historiadores brasileiros foram fortemente influenciados pela História política, tendo como principal protagonista o Poder Executivo e seus agentes, o que dificultou o aprofundamento dos debates entre a História e o Direito.

⁸⁶ Luiz Werneck Vianna ensina que “[...] após a prevalência do tema Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra [...], seguiu-se a do Legislativo, quando

cada vez mais presente na História recente. Segundo Adriana Pereira Campos (2003, p. 21-22), a partir da década de 1960, na Europa, o Direito ganhou destaque na historiografia, quando alguns pesquisadores passaram a preocupar-se com o binômio crime e Estado, considerando o mundo jurídico um *locus* onde as diferentes classes sociais expressam os seus interesses conflitantes.

Nesse momento, a ideia de que as personificações jurídicas (Direito, Justiça, Leis) eram apenas reflexos da estrutura socioeconômica do Estado ou instrumentos de controle da classe dominante⁸⁷ cede espaço para entendimento dessas instâncias como locais de personificação das disputas e conflitos existentes na sociedade. Com isso, muito além de conhecer as regras legais, a estrutura e o funcionamento das instituições jurídicas ou as atribuições e as competências de seus operadores, compreender o Direito exigiria conhecer as lutas de interesses, as disputas de poder, as representações e os grupos de pressões, verificados no ambiente político, jurídico, cultural e social no qual se insere.

Para nos auxiliar na compreensão da mudança de entendimento do Direito pela História, é importante transcrever trecho da tese de Adriana Pereira Campos sobre o assunto.

Os historiadores parecem cada vez mais convencidos de que devem interpretar qualquer legislação, decisão judicial ou doutrina jurídica levando em conta, além da posição dos governantes e dos legisladores, o contexto da cultura legal e as ações dos agentes jurídicos ou dos “profanos” que penetram o campo do Direito. O impacto dos interesses presentes na sociedade afeta de maneiras diversas os campos do Direito. Os grupos de pressão, por exemplo, têm muito poder sobre as legislações e não precisam estar fundamentados na cultura legal. Em contrapartida, os juristas e os operadores do Direito precisam estar baseados no conjunto das tradições legais de sua sociedade, de modo a prover seu discurso de importantes elementos na disputa pelo consenso em torno dos assuntos em debate na arena jurídica. Na verdade, diversos estudiosos defendem, teórica e empiricamente, que o Direito e o mundo jurídico possuem uma tarefa estrutural e estruturante nas sociedades.

uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito a sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida — Justiça (VIANNA, 1997, p. 264).

⁸⁷ O entendimento do Direito como reflexo da luta de classes foi apresentado e difundido especialmente por Evgeni Bronislávovich Pachukanis (1891-1937) e Petr Ivanovich Stucka (1865 – 1932), juristas soviéticos que aplicaram a perspectiva metodológica marxista à teoria geral do Direito. Apoiando suas análises no materialismo histórico das relações de classe, entendiam o Direito como instrumento de controle das classes dominantes. Essa ideia contrastava com a teoria juspositivista de Hans Kelsen (1881-1973), jurista e filósofo austríaco, firmada sobre as bases de um direito puro e ideal, despido de interesses em sua constituição e execução, em que a norma é uma razão em si, livre de arbítrios axiomáticos e morais e do consenso de justiça.

Essa perspectiva desmonta o determinismo das explicações baseadas exclusivamente nas relações de classe, ultrapassando-as. A dinâmica das mudanças e das permanências do Direito não é analisada contando unicamente com os imperativos da política ou da economia. [...] (CAMPOS, 2003, p. 34-35)

No que tange propriamente à pesquisa sobre a saúde como direito fundamental no Brasil e a efetivação da cidadania pelo Poder Judiciário nesse contexto, decorre de tudo que já apresentamos que a interdisciplinaridade entre História e Direito, na abordagem do tema, é natural e indispensável à obtenção de resultados seguros e eficientes. A História, por si, atua no caso como ciência interessada na interpretação contextual e no registro da dinâmica social, institucional e jurídica, do indivíduo, da sociedade e do Estado, verificados ao longo do tempo por meio da execução de políticas de saúde realizadas no país. Interessa à História conhecer, compreender e historiografar os acontecimentos que motivaram a consagração da saúde como direito fundamental, os efeitos desse processo sobre a sociedade brasileira e o contexto temporal, cultural e científico em que ocorreu, além de apurar se, de fato, as razões que o ensejaram existiram e as pretensões que o justificavam se realizaram.

Sob outro prisma, a História serve ao Direito, nesta pesquisa, como fornecedora da contextualização científica, temporal, social e institucional, necessária à compreensão do sistema de saúde vigente no Brasil, inclusive sob o aspecto jurídico⁸⁸. O Direito como ciência tem aptidão de operar regras, processos e procedimentos, bem como de estabelecer comportamentos em busca da pacificação das relações humanas, partindo sempre de pressupostos, normas e princípios já constituídos. Não lhe é próprio conhecer as razões e os objetivos contextuais do desenvolvimento do material que utiliza, mas tal conhecimento lhe é essencial para que possa aplicá-los com adequação. Flávia Lages de Castro faz a seguinte explicação sobre o atrelamento do Direito aos motivos sociais que o justificam:

Sendo o Direito uma produção humana, ele também é cultura e é produto do tempo histórico no qual a sociedade que o produziu ou produz está inserida. Plagiando o ditado árabe, poderíamos afirmar que o direito se parece com a necessidade histórica da sociedade que o produziu; é, portanto, uma

⁸⁸ Sobre a adaptação do direito ao contexto que se destina a regulamentar, uma vez que tem sua formatação de acordo com as necessidades de regulamentação apresentada pela humanidade em cada tempo histórico, é oportuna a transcrição da análise de Dimitri Dimoulis nesse sentido: “O direito que conhecia Platão ou Aristóteles era diferente do direito cristão da época medieval e este último é diferente do direito capitalista da atualidade” (DIMOULIS, 2008, p. 35).

produção cultural e um reflexo das exigências desta sociedade (CASTRO, 2009, p. 4).

No estudo científico acerca da saúde como direito fundamental e seus efeitos, a História fornece ao Direito elementos de estruturação, compreensão e interpretação da saúde como um direito, sem os quais a ciência jurídica não poderia efetivar sua natureza de controle, proteção e justiça sobre o segmento. Na outra face da interdisciplinaridade que abordamos, para o Direito, por si, a pesquisa sobre o sistema constitucional de saúde no Brasil tem relevância científica à medida que, conhecendo-se as razões e as pretensões, inclusive jurídicas, que alteraram o ambiente da política de saúde no país, com a edição da Constituição de 1988, surge a necessidade de apurar o funcionamento do novo sistema constitucional, o alcance das metas almejadas e a atuação da estrutura judiciária na efetivação de tal direito fundamental.

Por outro lado, nesse contexto de pesquisa científica, o Direito serve à História na medida em que lhe permite conhecer o modo como se realiza o direito fundamental à saúde no Brasil, especialmente sob o manto da cidadania, descortinando os meandros dos processos judiciais, o funcionamento dos tribunais, a atuação de juízes, membros do Ministério Público e advogados, bem como o comportamento das partes envolvidas (indivíduo, sociedade e Estado), nas atuações do Poder Judiciário em processos judiciais relacionados com a matéria. Compreendendo o Direito como fenômeno social carregado de elementos históricos, o diálogo que estabelecemos circunscreve-se à necessidade de compreender a estrutura organizacional da justiça, interpretar a dogmática jurídica, entender a linguagem utilizada nos processos e, principalmente, analisar as relações entre saúde e cidadania, sob os diferentes ângulos das Ciências da História e do Direito.

Essa dimensão do estudo do Direito abriu novas perspectivas para a História, conferindo-lhe a responsabilidade de problematizar o processo de transformação e afirmação das regras e definições legais que organizam algumas práticas sociais. O estudo do Direito passou a ter a dupla qualidade de servir de fonte e de problema à História. Nas últimas décadas, historiadores estrangeiros e brasileiros elevaram o aparelho judicial à categoria de objeto histórico, isto é, passaram a utilizar o Direito, o Judiciário e o Ordenamento Jurídico como fontes de informação de determinadas formações sociais. Mais que isso, alguns desses historiadores preocuparam-se em identificar a participação dos segmentos sociais que não pertenciam à esfera do jurídico no processo de construção social do Direito e do Judiciário (CAMPOS, 2003, p. 31-32).

Para a historiografia, o diálogo com o Direito é enriquecedor no sentido de se buscar maior conhecimento sobre a atuação da justiça no processo histórico para compreender questões como política, economia e cultura sob a perspectiva das fontes judiciais. Enfim, a especificidade e a dependência do objeto das ciências — Direito e História — denotam a importância de sua interface dentro do contexto social de realização do direito à saúde, em todos os seus aspectos.

Para exemplificação, observem-se as decisões dos juízes. Ao invés de um simples executante da lei, “[...] seus juízos inspiram-se em uma lógica e em valores muito próximos dos que estão na lei, porém submetidos a sua interpretação. [...]” (BOURDIEU, 1989, p. 223). Essa ideia indica a impossibilidade de um juiz julgar da mesma forma dois casos idênticos; os veredictos impostos não seriam resultado de sua aplicação autônoma e impessoal, mas sim de “[...] uma luta simbólica entre profissionais dotados de competência social e técnica desiguais, que tentam explorar as regras possíveis para imporem a sua interpretação. [...]” (BOURDIEU, 1989, p. 224).

No mesmo sentido, a elaboração das leis e dos procedimentos jurídicos são produtos de uma divisão de trabalho. De um lado, estão os que elaboram teoricamente as regras e, do outro, os que interpretam as leis em seu sentido prático. Portanto, o campo jurídico⁸⁹ é permeado por relações de forças internas e externas, em que a própria forma do *corpus* jurídico está relacionada à força relativa entre sujeitos teóricos e práticos, e a respectiva capacidade de imporem sua visão. Nessa perspectiva, a imparcialidade e a objetividade nunca passaram de utopia, originária da ilusão de autonomia do Direito frente às pressões externas. Os agentes da justiça não são atores neutros ou meros porta-vozes do discurso oficial do Estado; seus valores, suas crenças, as representações de mundo e o grupo social ao qual pertencem influenciam nas suas decisões (VILLAR, 2006, p.38-40).

Não obstante, a relação História e Direito, no âmbito do estudo da saúde como direito fundamental e da efetivação da cidadania pelo Poder Judiciário, exsurge da necessidade de aplicação de teorias científicas de ambientação da História ao

⁸⁹ Campo Jurídico seria “[...] o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito, no qual se defrontam agentes investidos de competência social e técnica para interpretar um *corpus* documental de textos que consagram a visão legítima e justa do mundo social. [...]” (BOURDIEU, 1989, p.212).

conhecimento e interpretação das relações e dos efeitos que decorrem da aplicação das normas pelo Direito. Na construção e no desenvolvimento de nossa pesquisa podem ser aplicadas, por exemplo, as teorias desenvolvidas por Quentin Skinner e Pierre Bourdieu, transportadas pela História ao longo do tempo entre as mais diversas ciências.

A teoria de Quentin Skinner (2005) recomenda que o historiador, para capturar na sua essência o fato histórico identificado em um texto ou discurso, deve se aprofundar no ambiente, no contexto em que esse foi produzido e no que ele significava de fato naquele ponto da história. Skinner afirma que, para tanto, o historiador deve buscar conhecer o contexto histórico, social e político em que a obra foi produzida, pesquisando diversas fontes da época, como livros e revistas, inclusive contrárias ao pensamento do autor estudado, para que possa compreender o fato histórico em sua realidade e o que representava no contexto em que foi produzido⁹⁰.

Uma grande parte de nossa prática como historiadores consiste em aprender a ler e reconhecer os diversos idiomas do discurso político da forma pela qual se encontravam disponíveis na cultura e na época em que o historiador está estudando: identifica-los à medida em que aparecem na textura linguística de um determinado texto e saber o que eles comumente teriam tornado possível ao autor do texto propor ou “dizer” (SKINNER, 2005, p. 33).

De igual forma, a teoria de Pierre Bourdieu também pode ser aplicada na relação entre História e Direito, presente no estudo da saúde como direito fundamental no Brasil. Ela se baseia na existência de campos fictícios de poder simbólico, organizados hierarquicamente por estruturas dominantes e dominadas de acordo com o capital social que possuem (pessoal, político, cultural), com os instrumentos de dominação e conservação de que dispõem⁹¹.

⁹⁰ Segundo Quentin Skinner (2005), quando um autor produz um texto ou discurso ele está efetuando um “lance”, realizando uma jogada e objetivando algo; para o historiador captar essa sua ação e os efeitos que ela realmente produziu na época, deve buscar responder “o que o autor estava fazendo” quando escrevia ou publicava o texto ou proferia o discurso, no sentido de que “o que ele pretendia?” “o que estava tramando?”.

⁹¹ Para Pierre Bourdieu (1989), a inculcação da cultura dominante (arbitrário cultural) por meio das instâncias de produção e conservação (família, instituições de ensino, entidades de classe etc.) cria, no campo, atores sociais aptos a receber e reproduzir tal cultura. Esses atores, dominantes ou dominados, desenvolvem o *habitus*, o consentimento, o comportamento, de que aquela imposição cultural é natural e necessária. Bourdieu também ensina que, dentro dos campos de produção, reprodução e circulação dos bens simbólicos, verifica-se, além da concorrência pela consagração cultural do bem produzido, a disputa pelo poder de conceder tal legitimação (violência simbólica).

Nesse sentido, a teoria de Bourdieu, aplicada ao estudo que desenvolvemos, permite identificarmos os campos de poder simbólico, presentes na trajetória do sistema de saúde brasileiro, como o da Medicina, o político, o social e o jurídico, bem como as estruturas dominantes e dominadas no interior de cada um deles, as instâncias de produção, reprodução, circulação e conservação de seus bens e os modos de inculcação utilizados para o prolongamento da cultura que produziam.

A propósito, Sônia Fleury Teixeira, analisando a luta de forças, presente nas políticas de saúde, afirma que

[...] a conquista da cidadania através da implementação das políticas sociais é sempre resultado concreto e específico de uma relação de forças das classes em luta pela hegemonia, de sorte que a resultante deste processo é a corporificação legal e institucional das relações de força estabelecidas historicamente entre as classes e mediatizadas pelo Estado, na busca da preservação da hegemonia dominante ou na consolidação de um projeto alternativo de contra-hegemonia (TEIXEIRA, 1986, p. 95).

Como se percebe, não há como realizar pesquisa sobre tal tema sem que a História receba conhecimento científico que só o Direito pode fornecer-lhe, e vice-versa. A interdisciplinaridade dessas ciências na pesquisa em destaque é natural e imprescindível para a obtenção do resultado pretendido.

Encerrando esta seção, é necessário registrar duas recomendações de cautela, presentes na historiografia, quanto ao cuidado que deve ser adotado pelo pesquisador na realização de pesquisas interdisciplinares (CARVALHO, 2015, p. 23-52). A primeira diz respeito à necessidade de coexistência das ciências envolvidas no trabalho interdisciplinar, isto é, uma não deve se sobrepor à outra, ocupar espaço de maior relevância ou destaque, suprimir ou reduzir a coadjuvante a área de conhecimento que com ela colabora na construção do resultado final. Na interdisciplinaridade, duas ou mais ciências trabalham juntas, em igual proporção, para obtenção de resultado de interesse comum, ainda que sob aspectos peculiares, próprios, de cada uma delas individualmente.

Nesse aspecto, devem se destacar os riscos de anacronismo e juízo de valor que o trabalho com processos judiciais oferece. Embora nenhuma análise historiográfica esteja isenta da subjetividade do pesquisador e se busque compreender o passado a partir das questões do presente, é preciso deixar claro que o objetivo não é julgar as

situações-problemas que estão representadas nas fontes, mas sim interpretar os discursos e relacioná-los com seu espaço-tempo. É preciso ler as entrelinhas.

Para além da descrição dos motivos que levaram os sujeitos aos tribunais, suas falas, mesmo quando intermediadas pela figura do advogado, são reflexo de suas visões de mundo, relacionamentos sociais, forma de pensar, agir e se comportar, entre outros elementos. Cabe ao pesquisador trabalhar com os discursos e interpretá-los a partir do cruzamento das informações e da relação dessas informações com o contexto histórico que está sendo analisado.

Maria Helena Diniz, especificamente sobre a relação História e Direito, registra que

[...] o historiador procura reviver ou reconstruir o fenômeno jurídico em sua singularidade específica a fim de compreender seu significado no tempo. Faz uma análise atual do direito pretérito para, verificando os fins que perseguiram e seus efeitos sobre a sociedade, assinalar as vantagens ou inconvenientes das normas ou instituições no passado, comparando as soluções que se deram antes ou surgiram depois, para chegar ao conhecimento de todo processo histórico do direito (DINIZ, 2012, p. 248-249).

O segundo alerta aos pesquisadores se refere ao cuidado necessário para que a interdisciplinaridade não se transforme na aglomeração de conhecimentos científicos diversos que, apesar de passar a impressão de complexidade e profundidade, recheada de conceitos teóricos e formatação técnica, não apresenta resultado efetivo, comunicação produtiva entre as áreas de conhecimento envolvidas, proveito científico, eficiência em relação ao que se propôs⁹².

Na pesquisa interdisciplinar, muito mais que a apresentação alegórica das ciências que se relacionam, o objetivo é a sutileza da colaboração de cada área de conhecimento envolvida que, no corpo da pesquisa, se “anula” em prol da construção de um trabalho multifacetado, cujo resultado, embora não lhe seja de exclusividade

⁹² Diana Maul de Carvalho aborda a questão da seguinte forma: “[...] Ao tentar a transposição de métodos e técnicas desenvolvidos em outros caminhos que não aqueles que estamos habituados a trilhar, necessário entender seus pressupostos e condições de uso para que qualquer tentativa de fusão não se transforme apenas em uma confusão metodológica”. [...] “A construção de interfaces de disciplinas científicas enfrenta, entre outras questões, problemas específicos de ‘tradução’ de enunciados. Para se construir um discurso comum é necessário explicar o significado de conceitos centrais a essa construção sob pena da polissemia originar um discurso aparentemente complexo, mas com muita frequência, apenas confuso e nulo de potencial analítico. [...]” (CARVALHO, 2016, p. 25, grifo da autora).

autoral, entrega exatamente aquilo que foi pretendido quando houve proposição da interface científica.

É oportuno, mais uma vez, transcrevermos os ensinamentos de Diana Maul de Carvalho, pela correspondência com a reflexão que desenvolvemos:

No entanto, é importante ressaltar a necessidade de construção de discursos interdisciplinares. A complexidade das questões abordadas torna quase impossível o desenvolvimento de uma discussão competente sem um diálogo plural. Por outro lado, devemos enfrentar o desafio de, em função de cada objeto e objetivos, estabelecer os termos deste diálogo, para que o resultado seja um discurso coerente e que abra novas questões, e não pareça apenas uma 'colcha de retalhos' (CARVALHO, 2016).

Dito isso, concluímos que, em torno do objeto central do nosso trabalho — “a história da saúde como direito fundamental no Brasil e a efetivação da cidadania pelo Poder Judiciário nesse contexto” —, História e Direito exercem relação de interdisciplinaridade natural e indissociável, em nível de harmonia, coexistência, complementaridade e interdependência, capaz de assegurar a obtenção do resultado pretendido pela pesquisa e sua efetividade em ambas as searas.

O ponto comum de interesse e a relação de ambas as ciências com o tema, apregoados desde a parte introdutória desta seção como base estrutural de qualquer relação interdisciplinar, se concentram em nosso trabalho na caracterização da saúde como expressão de cidadania. À História, como ciência responsável pela apuração e pelo registro das vivências experimentadas pela humanidade, interessa apurar e historiografar o caminho da saúde ao longo do tempo e sua caracterização como direito inerente à vida humana, normatizado em favor do cidadão e integrante formador do Estado representativo, a partir de construções, movimentos e reivindicações, como indivíduo ou corpo social, bem como o modo de sua garantia e efetivação pelo aparelhamento público, no caso através do Poder Judiciário. Ao Direito, como ciência que possui a atribuição de possibilitar, organizar e preservar as relações estabelecidas pela humanidade, interessa verificar a contextualização da saúde como direito, em cada tempo histórico percorrido, compreendendo a essência política, social, cultural, religiosa, que a consagrou como pilar fundamental da nação brasileira na Constituição Federal de 1988, bem como verificar sua realização, de fato,

em prol do cidadão, como indivíduo e sociedade, a partir da atuação do Poder Judiciário —Poder estatal incumbido da realização de direitos em última instância.

Por todas as nuances que abordamos, não resta dúvida de que, tanto para a História quanto para o Direito, a elaboração de trabalho proposta e o resultado científico desejado só são possíveis a partir da colaboração recíproca de conhecimentos próprios sobre saúde e cidadania entre ambas as ciências. Nisso está selada a interdisciplinaridade da pesquisa. Sigamos em frente.

4 A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: A SAÚDE COMO EXPRESSÃO DE CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania. Políticos, jornalistas, intelectuais, líderes sindicais, dirigentes de associações, simples cidadãos, todos a adotaram. A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. Não se diz mais "o povo quer isto ou aquilo", diz-se "a cidadania quer". Cidadania virou gente. No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã. (CARVALHO, 2017, p.13, grifo do autor).

Dedicando-se nosso estudo a conhecer a história da saúde como direito fundamental no Brasil, tendo como um de seus pilares de pesquisa a efetivação da cidadania nesse contexto, é consequência que, após termos apresentado traços da trajetória histórica da saúde pública no Brasil e conhecido a interdisciplinaridade entre História e Direito inerente ao tema, o caminho natural de continuidade do trabalho seja investigar a saúde enquanto expressão de cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988.

Como já abordamos de forma sintetizada nas seções antecedentes, mais amplamente apresentada neste ponto do nosso estudo, a cidadania se relaciona com a interação mútua entre indivíduo, sociedade e Estado, no exercício de direitos e no cumprimento de deveres estabelecidos, como engrenagem de estruturação e propulsão da nação⁹³. De maneira simplificada, os indivíduos se organizam em sociedade, a sociedade se organiza em Estado elegendo o conjunto de regras de formatação e funcionamento daquela organização, as quais fixam, entre outras, as características de reconhecimento do indivíduo como seu integrante (sujeito de direitos e obrigações), como cidadão.

⁹³ Ao apresentar o entendimento atual sobre o conceito de cidadania, James Holston declara: "A peculiaridade dessa cidadania moderna é que, embora seja uma das muitas identidades associativas que as pessoas assumem, o Estado que a define é diferente de qualquer outra associação. Embora seja parte da sociedade, o Estado também a molda. Embora o Estado seja uma associação, é também uma associação de associações que estabelece as regras de outras associações e regula as suas formas de incorporação. Portanto, como principal identidade da associação ao Estado, a cidadania é diferente de qualquer outro *status*. Suas condições têm mais efeito, pois ela articula os outros *status* em termos da estrutura específica da lei, das instituições, das exigências e dos sentimentos do Estado-nação. Da mesma maneira, onde o Estado moderno veio competir com outras formas de união, e dominá-las, a cidadania nacional se tornou um *status*-trunfo, administrando as diferenças entre outras identidades. [...] Como meio de organização da sociedade, a cidadania tem sido, antes, ao mesmo tempo subversiva e reacionária, incluyente e excluyente, um projeto de igualdade e de manutenção da desigualdade" (HOLSTON, 2013, p. 47).

Nesse contexto teórico, a República Federativa do Brasil, ao estabelecer sua organização como Estado e Nação, fixou, em sua Lei Maior — a Constituição Federal — que os indivíduos integrantes de sua sociedade — seus cidadãos —, possuem, no rol de prerrogativas e obrigações que assim lhes caracterizam, a saúde como direito fundamental (inerente à sua própria existência e condição). Isso significa que a saúde é reconhecida como elemento de caracterização da cidadania no Brasil, de modo que sua não realização em favor do indivíduo pode sinalizar o seu não reconhecimento, de fato, como integrante ativo da Nação, ou a não efetivação da cidadania brasileira, ainda que ambos os casos estejam assegurados no texto constitucional.

Diante disso, buscando obter os conhecimentos necessários ao desenvolvimento pleno de nossa pesquisa, dedicaremos esta seção a investigar a relação entre saúde e cidadania no Brasil, distribuindo nossa apresentação em duas etapas: a primeira, destinada ao conhecimento de noções gerais de cidadania, o que permitirá compreender satisfatoriamente tal conceito, seus objetos, suas representações e seus efeitos, ensejando a avaliação correta da saúde nesse contexto; a outra, voltada para o estudo da saúde como expressão de cidadania na Constituição brasileira de 1988, com informações que possibilitarão avaliar a saúde como direito fundamental inerente à existência e ao reconhecimento do indivíduo como integrante realizador do Estado brasileiro, com as implicações que disso decorrem.

4.1 NOÇÕES GERAIS DE CIDADANIA

Como indicado na apresentação desta seção, a ideia contida no conceito de cidadania⁹⁴ é inerente à capacidade de participação do indivíduo na vida da cidade (Estado), mediante a ocorrência de regras de organização previamente estabelecidas que lhe conferem direitos e lhe atribuem obrigações⁹⁵.

⁹⁴ O conceito de cidadania tem origem na Grécia antiga, sendo utilizado para fazer referência aos indivíduos que viviam nas cidades e tinham participação ativa nos seus debates e decisões políticas.

⁹⁵ Parece-nos esclarecedora a definição de cidadania apresentada por Walber de Moura Agra, nos seguintes termos: “A palavra cidadania deriva-se do latim *civis*, *civitas* e *activa civitatis* para designar os laços que prendem o cidadão a uma organização política, dotando-o de prerrogativas de influir nas decisões políticas e obrigando-o a seguir o que fora decidido pelas instâncias legais. Representa a qualidade deferida aos detentores de serem cidadãos, membros de uma determinada comunidade política organizada, tornando-se os autores e destinatários do ordenamento jurídico delineado. Dessa relação entre o detentor da cidadania e um Estado deriva uma série de situações jurídicas

Nesse sentido, é importante consignar que, por se relacionar diretamente com forma de organização estabelecida por um Estado em determinando tempo e sobre certo tipo de formação social, a definição de cidadania não é um conceito estanque, rígido, imutável⁹⁶. Pelo contrário, varia conforme o campo em que se estabelece, sendo possível aferir “cidadanias” diferentes a depender das características de tempo, organização social e nação em que ocorrem, podendo apresentar maior ou menor abrangência, ser genérica ou segmentada, mais ampla ou restritiva. É possível até que se manifestem formas diferentes de cidadania em um mesmo Estado, diante da variação de tempo, espaço territorial e organização social registrados em sua trajetória (PINSKY, J; PINSKY, C. B., 2008, p. 9).

Nisso, qual seja variação no tempo e no contexto político, social e cultural em que se dá, reside a relação direta da cidadania com a História, sendo a primeira o objeto da segunda pela importância de sua verificação, compreensão e transmissão ao longo do tempo, como elemento de conhecimento da organização dos Estados já formados pela sociedade humana. Sob essa ótica, Norberto Luiz Guarinello alerta para a necessidade de que o estudo da cidadania estabeleça o diálogo entre passado e presente como instrumento de percepção das variações desse instituto e do reconhecimento da autonomia dos Estados em que se realiza, em cada tempo histórico.

Pensar a cidadania no âmbito de nosso próprio Estado-nacional ou globalmente é um imperativo imposto pela realidade em que vivemos. Mas que papel pode caber ao historiador da Antiguidade nessa reflexão? É verdade que os primeiros pensadores que se debruçaram sobre a definição do que hoje entendemos por cidadania buscaram inspiração em certas realidades do mundo greco-romano, que conheciam por intermédio dos clássicos transmitidos pela tradição manuscrita do Ocidente: a ideia de democracia, de participação popular nos destinos da coletividade, de soberania do povo, de liberdade do indivíduo. A imagem que faziam da cidadania antiga, no entanto, era idealizada e falsa. A cidadania nos Estados-nacionais contemporâneos é um fenômeno único na História. Não podemos falar em continuidade do mundo antigo, de repetição de uma experiência passada e nem mesmo de um desenvolvimento progressivo que unisse o mundo contemporâneo ao antigo. São mundos diferentes, com sociedades

ativas e passivas que o obriga a obedecer ao conjunto normativo estabelecido” (AGRA, 2013, p. 119).

⁹⁶ Nesse ponto, interessante transcrever as ideias de James Holston, acerca de suas impressões sobre a percepção da cidadania pelo povo brasileiro, em virtude das transformações ocorridas no país nas últimas décadas: “Como antropólogo político, estudei cidadania porque os brasileiros com quem tenho trabalhado nas periferias de São Paulo a consideravam uma questão crítica. Esta é a palavra certa — crítica —, pois suas considerações sobre a cidadania passaram de algo estático, tido como certo e até alienante, para algo insurgente e indispensável, ainda que arriscado e deficiente” (HOLSTON, 2013, p. 13).

distintas, nas quais pertencimento, participação e direitos têm sentidos diversos (GUARINELLO, 2008, p. 29).

Assim, é natural que os estudos acerca da história da cidadania utilizem a apresentação de civilizações passadas, a partir de organizações sociais com traços de maior relevo nesse sentido, como ferramenta de conhecimento da cidadania em suas diversas formas ao longo do tempo e de compreensão do seu conceito atual.

Seguindo esse caminho, a historiografia (PINSKY, J.; PINSKY, C. B., 2008, p. 15-27) aponta que a Pré-história da cidadania, que compreende sua primeira manifestação, pode ser verificada na trajetória do povo hebreu, não diretamente no que diz respeito à sua saga de opressões e lutas quando cativo do império egípcio ou em busca de “Canaã”, a terra prometida, mas a partir do seu comportamento social derivado do monoteísmo e do culto a um Deus que lhe exigia uma postura ética e solidária, avessa à exclusão, à pobreza e à fome do seu semelhante⁹⁷. Em contraponto aos episódios de perseguição, cativeiro e exclusão que marcaram sua história, os hebreus empreenderam a construção de uma organização social que almejava a participação igualitária dos seus membros e, independentemente de possuírem um território próprio, desenvolveram uma identidade nacional firmada na prática da ética e da solidariedade. É o que Jaime Pinsky e Carla Bassanezi denominam “paradoxo da superioridade ética”⁹⁸.

Por sua vez, a Grécia antiga também é comumente utilizada como ambiente histórico de estudo da cidadania, especialmente porque nela se verificou a primeira expressão da cidadania nos moldes embrionários do conceito atual, isto é, caracterizado pela participação ativa do indivíduo na vida do Estado, no caso, das cidades-estados. A propósito, a própria palavra cidadania, do latim *civis*, que gerou *civitas*, que corresponde a “cidade”, “Estado”, foi utilizada inicialmente na Grécia para designar os

⁹⁷ Ao apresentar a contribuição dos hebreus para a formação e o desenvolvimento da cidadania ao longo da história, Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky (2008, p. 16) afirmam: “Seu grande legado foi a concepção de um deus que não se satisfazia em ajudar os exércitos, mas que exigia um comportamento ético por parte dos seus seguidores. Um deus pouco preocupado em ser o objeto da idolatria das pessoas e com o sacrifício de animais imolados em seu holocausto, mas muito comprometido com problemas vinculados à exclusão social, à pobreza, à fome, à solidariedade”. “[...] Um deus que, se não fosse anacronismo, diríamos preocupado com a cidadania”.

⁹⁸ Segundo os autores, os judeus encaram a formação de uma sociedade ética como uma missão que lhes teria sido atribuída por Deus, na condição de povo escolhido, separado para tal tarefa, e que as dificuldades enfrentadas ao longo de sua história (cativeiro, ausência de território próprio, fome, pobreza) seriam o preço a ser pago pelo recebimento da graça divina (PINSKY, J.; PINSKY, C. B., 2008, p. 17-19).

indivíduos que viviam nas cidades, participando de seus debates e de suas decisões (FUNARI, 2008, p. 49).

A questão é que, embora seja possível identificar na Grécia antiga as raízes dos modelos de cidadania verificados a partir de então, é preciso ter em conta que o sistema ocorrido naquele contexto se caracterizava pela participação de parcela restrita da sociedade na vida política da cidade-estado; na ausência de um comando vertical, fosse um governo, fosse uma representação central; o Estado se confundia com a comunidade⁹⁹. A cidadania na Grécia antiga não era inclusiva como a que hoje se propaga, era restritiva, seletiva, deixando um grande contingente da população à margem da participação ativa na vida da cidade (mulheres, estrangeiros, jovens, escravos etc.), o que promovia um constante ambiente de conflito social. A cidadania era identificada como um alto privilégio, desejado por todos e concedido a poucos.

Indo adiante, outro momento diferenciado da cidadania na História antiga se realizou no Império Romano, quando diversas cidades-estado, na Grécia e ao longo do Mar Mediterrâneo, foram conquistadas por Roma e passaram a integrar o seu território e a subordinar-se ao seu domínio¹⁰⁰. Nesse contexto, o crescimento natural das comunidades camponesas conquistadas, a diversidade de seus sistemas e formas de organização, as divergências e conflitos entre as classes sociais que as habitavam e a necessidade de maior controle por parte do Estado dominador sobre essas situações fizeram com que Roma alterasse a administração comunitária própria das

⁹⁹ Norberto Luiz Guarinello faz a seguinte exposição: “Propriedade individual da terra, fechamento do acesso ao território e ausência de um poder superior que regulasse as relações entre os camponeses foram os fatores essenciais na história dessas comunidades camponesas. Seus conflitos internos que, como veremos, foram intensos e crescentes, não podiam ser resolvidos no âmbito das relações de linhagem, nem pelo recurso a uma autoridade superior a todos. Tinham que ser resolvidos comunitariamente, por mecanismos públicos, abertos ao conjunto dos proprietários. Aqui reside a origem mais remota da política, como instrumento de tomada de decisões coletivas e de resolução de conflitos, e do Estado, que não se distinguia da comunidade, mas era sua própria expressão”. (GUARINELLO, 2008, p. 33).

¹⁰⁰ “[...] Em síntese: a história da cidadania antiga só pode ser compreendida como um longo processo histórico, cujo desenlace é o Império Romano. De pertencimento a uma pequena comunidade agrícola, a cidadania tornou-se, com o correr dos tempos, fonte de reivindicações e de conflitos, na medida em que diferentes concepções do que fossem as obrigações e os direitos dos cidadãos no seio da comunidade se entrecrocaram. Participação no poder, igualdade jurídica, mas também igualdade econômica foram os termos em que se puseram, repetidamente, esses conflitos, até que um poder superior se estabeleceu sobre o conjunto das cidades-estado e suprimiu da cidadania comunitária, progressivamente, sua capacidade de ser fonte potencial de reivindicações. O fim da cidade-estado antiga, por sua incorporação num império monárquico de grande extensão territorial, deu novo sentido a esses conflitos, que não mais se expressavam pelas linhas de clivagem que uniam e separavam os antigos cidadãos das cidades-estado da Antiguidade” (GUARINELLO, 2008, p. 45).

ciudades-estado, instituindo uma unidade superior de poder e de governo, monarquia/república, criando estruturas de regulação e controle, como as leis escritas¹⁰¹ e a justiça institucionalizada, e ampliando a participação social na vida do Estado, com a concessão de direitos a classes antes desprestigiadas.

Outro traço relevante na organização do Principado Romano é que a cidadania era utilizada como mecanismo de cooptação de outros povos, isto é, era concedida às elites das cidades conquistadas como incentivo à acomodação em território romano e ao não estabelecimento de conflitos e insurgências. No mesmo sentido, os cidadãos podiam manter suas cidadanias originais, próprias do seu local de origem, e cumular com ela a cidadania romana, a qual funcionava nesse contexto como um acréscimo; ambas coexistiam e o indivíduo conservava a cidadania que possuía na sua cidade de origem, ao mesmo tempo que se tornava cidadão romano em toda a extensão do império, cumulando os direitos e as obrigações inerentes a essa dupla cidadania (FUNARI, 2008, p. 56 e 65).

No Império Romano, a sociedade era basicamente estratificada em dois segmentos, a nobreza, identificada nos patrícios (descendentes dos povos fundadores), e os subalternos, representados pelos plebeus (descendentes dos povos estrangeiros) e pelos escravos (prisioneiros de guerras e de dívidas)¹⁰². Embora durante boa parte do domínio romano, especialmente no período imperial, a cidadania fosse restrita aos patrícios, que gozavam de todos os direitos políticos, civis e religiosos, no império de Roma também ocorreu a ampliação da participação do indivíduo na vida do Estado, como é o caso das mulheres, que podiam participar de alguns acontecimentos da vida social, e dos plebeus, que na república romana passaram a ter direitos previstos em

¹⁰¹ “Em meados do século V a.C. foi publicada a Lei das Doze Tábuas. Embora fosse a codificação da legislação tradicional, que previa grande poder aos patriarcas, estabeleceu-se ali o importante princípio da lei escrita. De fato, o chamado direito consuetudinário, baseado na tradição, gerava grande insegurança — já que, em caso de divergência, a palavra final era sempre dos patrícios. Com a publicação da lei, todos podiam recorrer a um texto conhecido para reclamar direitos sem depender da boa vontade dos poderosos. [...] Ao menos em termos legais, os cidadãos comuns podiam, portanto, recorrer dos abusos de autoridade cometidos pelos poderosos. A fixação pública de inscrições que garantissem esse direito demonstra a preocupação fundamental de dar a todos o acesso à informação de suas prerrogativas jurídicas. Esses são dois princípios basilares da cidadania: a possibilidade de recorrer do abuso e o amplo acesso à informação dos direitos” (FUNARI, 2008, p. 53, 60).

¹⁰² Existiam ainda os clientes, que eram aqueles que serviam a um patrício, realizando em seu favor trabalhos e apoios diversos, mantendo com ele relação de fidelidade e recebendo em troca porções de terra e proteção. Os clientes podiam ganhar a independência e passar a integrar a plebe, o que, entretanto, não era comum.

leis, a receber doação de terras conquistadas e a participar do serviço militar de maneira igualitária.

Esse modelo estatal, baseado especialmente no desenvolvimento de estruturas de organização e participação, de legislações escritas e de órgãos públicos e instituições de representação política, deixou legado para as sociedades futuras no desenvolvimento de suas formas de cidadania, sendo possível verificar, mesmo nos Estados modernos, a presença de elementos romanos caracterizadores daquele “império cidadão”, como o Senado e a Câmara Federal (antigas assembleias), o direito civil, o voto secreto etc.

A Idade Média, com as repercussões da queda do Império Romano e o advento do feudalismo, também se caracterizou como um período de grandes transformações na organização do Estado e da sociedade, derivadas especialmente de inúmeras mudanças quanto ao saber e à política. É nesse sentido, por exemplo, que a escravidão deu lugar progressivamente ao sistema de servidão, com a divisão da terra em reserva senhorial e lotes dos camponeses, sendo que esses, quando recebiam seus lotes, tinham que trabalhar nas terras dos senhores sem remuneração e ainda entregar-lhes parte do que produziam em seus pedaços de terra. O estado medieval era figurativo e descentralizado, a atividade estatal era de fato exercida pelos senhores feudais, que executavam atividades como cobrar tributos, legislar, formar exércitos etc. Nesse contexto, a sociedade era estamental e hierarquizada, estruturada em regras pela nobreza, pela igreja e pelos servos.

Essas características, especialmente a ausência de centralização política e a definição rígida de classes, dificultavam a percepção da desigualdade social e reduziam os debates sobre cidadania. No entanto, justamente a falta de perspectiva de mobilidade social e o desejo de centralização política para melhor configuração do Estado foram elementos propulsores de revoltas e conflitos sociais, especialmente na Baixa Idade Média, sob a influência do cristianismo, que pregava valores de unificação da sociedade cristã, igualdade e liberdade. O encerramento do feudalismo e do modelo de descentralização política que ele representava levou a sociedade naturalmente à formação dos Estados Nacionais, com o estabelecimento de estruturas de poder e de governo unificadas e centralizadas, e à busca por um novo

modelo de organização social, mais favorável à aquisição e ao gozo de direitos de maneira igualitária.

Nesse caminho, embora tenha havido o desejo retornar-se à centralização do poder político, inicialmente sob a referência da monarquia absolutista, a insatisfação com as experiências vivenciadas desde a era greco-romana leva a humanidade à busca por outros modelos de Estado e de cidadania, encontrando terreno fértil para as desejadas novas experiências na Revolução Americana (1776)¹⁰³ e na Revolução Francesa (1789)¹⁰⁴, as quais foram influenciadas especialmente pelos ideais do Iluminismo¹⁰⁵. A partir desses movimentos, as idealizações de Estado e sociedade passaram a ser pautadas pela existência de direitos naturais do indivíduo (liberdade, igualdade, propriedade, felicidade etc.), bem como pela noção de que o indivíduo, no exercício

¹⁰³ Ao mencionarmos a Revolução Americana, de 1776, referimo-nos diretamente ao episódio da independência dos Estados Unidos, ocorrida nesse período. Sintetizando: revoltadas com as restrições e as cobranças ampliadas pela Inglaterra, à sombra do pacto colonial, a partir da assinatura do Tratado de Paris, que pôs fim à Guerra dos Sete anos em 1763, as colônias norte-americanas reuniram-se para construção de uma nação livre do poderio inglês e independente. Em 4 de julho de 1776, representantes das 13 colônias americanas, reunidos no Segundo Congresso Continental da Filadélfia, produziram a declaração formal de independência dos Estados Unidos que, em paralelo ao rompimento da relação colonial com a Inglaterra, anunciava a construção de uma nova nação, firmada nos ideais de liberdade, igualdade e felicidade como direitos naturais do homem, bem como na independência e harmonia dos Poderes constituídos e na organização de Estados federados autônomos (MARIOTT, 2017, p. 136).

¹⁰⁴ De maneira resumida, pode-se conceituar a Revolução Francesa como o movimento político-social, iniciado em 1789, que buscava o rompimento com o modelo absolutista monárquico vivenciado na época no país e com o qual a insatisfação popular manifestou-se especialmente durante o reinado de Luís XVI. Inspirada também pela Revolução Americana, ocorrida anos antes, a Revolução Francesa manifestou a discordância da sociedade com os privilégios feudais, aristocráticos e religiosos, comuns ao regime monárquico vigente, pleiteando a configuração de uma nação firmada nos ideais iluministas da liberdade, igualdade e fraternidade. No ano de 1789, dentre os principais acontecimentos que marcaram o início da Revolução, destacam-se o “Juramento do Jogo da Péla” (reunião do Terceiro Estado francês para elaboração de uma nova Constituição), ocorrido em 20 de junho; a “Queda da Bastilha” (invasão popular à fortaleza medieval utilizada pela monarquia como prisão, para libertação dos prisioneiros), ocorrida em 14 de julho; a “Declaração dos Direitos do Homem” (documento normativo destinado a transformar o homem comum em cidadão, com direitos civis assegurados em lei), proclamada em 26 de agosto. A Revolução Francesa é comemorada em 14 de julho, dia da “Queda da Bastilha”, embora não seja essa a data de início ou término do processo revolucionário (PINSKY, J.; PINSKY, C. B., 2008, p. 163-168).

¹⁰⁵ Em linhas gerais, pode-se apresentar o “Iluminismo” como um movimento intelectual e filosófico, ocorrido na Europa, especialmente ao longo do século XVIII, que propagava o ideal de formação de Estados Nacionais, baseados em valores como liberdade, igualdade, progresso, existência de direitos naturais do indivíduo e necessidade de separação entre poderes do Estado, e entre igreja e Estado, entre outros, em detrimento do modelo de dominação e estagnação social então estabelecido pelo regime de monarquia absolutista predominante na época. O Iluminismo também é referenciado pelos estudiosos como “século das luzes” e “ilustração” (MARIOTT, 2017, p. 126).

desses direitos naturais, opta por formar o Estado, não podendo esse, em sentido contrário, em condições normais, excluir-lhe da sua integração¹⁰⁶.

Sobre essas bases, o conceito moderno de cidadania¹⁰⁷ se desprende do fundamento exclusivo de que cidadão é aquele com participação política ativa na vida da cidade (Estado)¹⁰⁸, passando a compreendê-lo como titular de direitos políticos, civis e sociais dentro de um Estado socialmente organizado para o exercício desses direitos.

Para melhor compreensão do nosso estudo, antes de prosseguirmos é importante realizar a diferenciação de direitos políticos, civis e sociais. Direitos Políticos são aqueles relacionados com a participação do cidadão no governo e na sociedade, consistem na capacidade de realizar e participar de manifestações políticas, organizar partidos e de votar e ser votado em sufrágios eleitorais. Os direitos civis¹⁰⁹ são aqueles que se relacionam com a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade, apresentando-se como garantias inerentes à manifestação do pensamento, à liberdade de locomoção, de associação, de credo religioso, à inviolabilidade do lar e

¹⁰⁶ “Na Renascença, singularidade do Ocidente, o individualismo aperfeiçoou seu desenvolvimento, com a convicção de que o homem é detentor de direitos e garantias perante o Estado. As ideias contratualistas, uma das matrizes da Revolução Francesa, principalmente na perspectiva de Rousseau, igualmente exerceram notável influência ao asseverar que os homens são os próprios corifeus das direcionantes do regime político. A contribuição implementada pela Revolução Norte-Americana foi a ideia do “We the People”, fundadores da Constituição e, em decorrência, detentores do poder supremo da sociedade” (AGRA, 2013, p. 119).

¹⁰⁷ “Afim, o que é ser cidadão? Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar e ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais” (PINSKY, J.; PINSKY, C. B., 2008, p. 9)

¹⁰⁸ Importante dizer que a doutrina especializada (AGRA, 2013, p. 120) debate também a necessidade de atualização do conceito de cidadania diante do processo de globalização vivenciado atualmente pela humanidade. Com a globalização, a cidadania referenciada na vida da cidade/Estado-nação passa a ostentar um significado transnacional, em que o espaço público do cidadão torna-se multinacional, ligando-o a uma comunidade formada pela adesão de várias comunidades políticas. Nesse contexto, ao mesmo tempo que haveria uma redução da força de atuação do cidadão nacional, haja vista que as decisões do Estado passam a depender também de manifestações de vontade extraterritoriais, a vontade do cidadão nacional tem a ampliação do seu campo de repercussão, já que passa a interferir na tomada de decisões em uma comunidade que extrapola seu Estado de origem (é o caso do MERCOSUL, da União Europeia etc.).

¹⁰⁹ José Murilo de Carvalho explica que a eficácia dos direitos políticos pressupõe a existência de direitos civis. Diz o autor: “Se pode haver direitos civis sem direitos políticos, o contrário não é viável. Sem os direitos civis, sobretudo a liberdade de opinião e organização, os direitos políticos, sobretudo o voto, podem existir formalmente, mas ficam esvaziados de conteúdo e servem antes para justificar governos do que para representar cidadãos” (CARVALHO, 2017, p. 16).

ao devido processo legal, entre outros. Por fim, os direitos sociais¹¹⁰ estão conectados a participação do indivíduo na riqueza do Estado, isto é, estão atrelados ao provimento das necessidades individuais e sociais do cidadão pelo Poder Público, em que se engloba, por exemplo, educação, lazer, segurança, trabalho com remuneração digna, aposentadoria etc.; essa última classe de direitos baseia-se no ideal do acesso igualitário e da justiça social, compreendendo o direito à saúde, objeto direto da nossa pesquisa.

Pois bem. O breve percurso histórico que realizamos traz a lume duas questões de grande relevância para o nosso estudo. A primeira é que, ao longo de todo o processo de desenvolvimento da cidadania, percebe-se que ela sempre se refere ao desejo, à luta, à negação ou ao gozo do exercício de direitos pelo indivíduo; a segunda é que, ao longo do tempo, a cidadania tem ampliado sua plataforma de realização sobre os direitos, partindo do originário exercício de direitos políticos na Grécia antiga para agregar a titularidade de direitos civis e sociais que se ramificam de acordo com o ambiente estrutural do Estado em que se realiza (direito à propriedade, à educação, à saúde, ao meio ambiente, à imagem etc.).

Nesse ponto, é importante destacar que T. H. Marshall (1988) desenvolveu a distinção entre dimensões de cidadania, conforme o conjunto de direitos usufruídos pelos cidadãos. Para Marshall, a cidadania se realiza em três pilares — o civil, o político e o social —, de modo que o cidadão pleno e completo seria aquele que fosse titular dos três direitos, enquanto o cidadão incompleto seria aquele que dispõe somente de alguns direitos; os que não se beneficiam de nenhuma das classes de direitos seriam os não cidadãos.

Não se pode deixar de considerar que o exercício de um direito não significa a ocorrência de outros, como apresenta José Murilo de Carvalho (2017, p. 14), para quem “[...] a liberdade de pensamento e de voto não gera automaticamente o gozo de outros como a segurança e o emprego [...] a liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais [...]”, ou seja,

¹¹⁰ Quanto à relação dos direitos sociais com os direitos civis e políticos, José Murilo de Carvalho explica: “Em tese eles podem existir sem os direitos civis e certamente sem os direitos políticos. Podem mesmo ser usados em substituição aos direitos políticos. Mas, na ausência de direitos civis e políticos, seu conteúdo e alcance tendem a ser arbitrários” (CARVALHO, 2017, p. 16).

nem sempre os pilares da cidadania plena se apresentam concomitantemente, indicando que tal visão seja na verdade uma utopia ou um idealismo inalcançável.

A teoria de T. H. Marshall (1988), firmada na ideia dos pilares de direitos, também demonstra que a Inglaterra seria o modelo ideal de estabelecimento da cidadania, uma vez que, embora a cidadania inglesa tenha se desenvolvido com muita lentidão, respeitou uma ordem cronológica e lógica de ocorrência, haja vista que no contexto inglês, primeiro vieram os direitos civis (século XVIII), depois os direitos políticos (século XIX) e, por fim, os direitos sociais (século XX). Segundo Marshall, foi com base nos direitos civis e nas liberdades que os ingleses reivindicaram o direito de votar e participar do governo do país; a partir do voto, elegeram representantes comprometidos com seus interesses, que promoveram a introdução dos direitos sociais no sistema.

Sob outra ótica, em contrapartida, predomina na doutrina especializada o entendimento divergente¹¹¹, no sentido de que o dinamismo inerente à cidadania e à sua relação direta com os aspectos sociais, culturais e temporais em que se realizam são incompatíveis com o estabelecimento de um modelo rígido de apresentação, o que não permite que seja uniformemente enquadrada no modelo de estruturação inglês. A perceptível modificação da cidadania no tempo e no espaço, respeitando as características próprias de cada povo e nação onde se realiza, faz com que o

¹¹¹ James Holston argumenta que sua discordância em relação à teoria de Marshall tem cinco pontos: “Primeiro, ele explica o desenvolvimento da cidadania britânica como uma sequência de três estágios que se expandem progressivamente e de forma cumulativa do civil para o político e o socioeconômico ao longo de três séculos. Sua história é a história de uma expansão homogênea. Ao contrário, vejo o desenvolvimento da cidadania e da democracia sempre como algo disjuntivo. Ambas se expandem e se desgastam, progridem e regredem de formas complexas. Segundo, não vejo a sequência histórica em três estágios que Marshall situa como a norma do desenvolvimento. Na verdade, embora possa ser uma descrição precisa em alguns casos, como no da Grã-Bretanha, em geral não o é. A difusão, a progressão temporal e a substância da cidadania variam substancialmente com o contexto histórico nacional. Na maioria das democracias emergentes, inclusive na do Brasil, os direitos políticos e socioeconômicos se desenvolvem bem antes dos direitos civis, e de qualquer forma não em sequências distintas ou lineares. Assim, o aspecto da sua progressão temporal em geral difere da sequência proposta por Marshall para a Grã-Bretanha e precisa ser avaliado em cada caso. Terceiro, Marshall sempre tratou a cidadania como nacional, como enraizada na unidade do estado-nação. Como já argumentei em outro trabalho (Holston e Appadurai, 1999), essa suposição é equivocada em alguns casos e cada vez menos convincente em outros. Ademais, como argumento aqui, a cidade continua crucial para o surgimento da cidadania. Quarto, Marshall analisa o exercício dos direitos coletivos exclusivamente em termos de classes sociais. Hoje fica mais evidente do que quando ele escreveu que grupos baseados em identidades marcadas por diferenças e no pertencimento cultural reivindicam também direitos, e que as reivindicações desses grupos contestam a teoria liberal de uma cidadania neutralizadora das diferenças. Por fim, quando chega a discutir isso, ele trata o ilegal como uma aberração, algo externo à construção da lei, enquanto eu o considero como fator central” (HOSLTON, 2013, p. 405).

estabelecimento dos direitos que a estruturam possa ocorrer em ordem diversa da recomendada por Marshall. Exemplo próprio disso é a cidadania brasileira¹¹². Nosso sistema estruturante de direitos teve início com o estabelecimento dos direitos sociais, antes mesmo dos direitos civis e políticos. No Brasil, em sentido contrário à ordem cronológica e lógica proposta por Marshall, governos autoritários¹¹³ realizaram a disseminação de direitos sociais e até ampliação de direitos políticos, quando era restringida à população a plenitude das liberdades de pensamento, de manifestação, de organização, de participação nos rumos do país (direitos civis)¹¹⁴. A pirâmide da cidadania brasileira se realizou invertida, de ponta a cabeça (CARVALHO, 2017, p. 219-220).

A diversidade desse sistema de cidadania e dos efeitos que ele produz revelam e refletem o motivo da sua escolha. A proposta de modelo ideal de T. H. Marshall, firmada na cidadania plena, no acesso livre e linear à totalidade dos direitos administrados pelo Estado, pressupunha *prima face* o cidadão como protagonista do processo (direitos civis), detentor de direitos naturais que não lhe são concedidos ou tolhidos ao livre arbítrio do Estado, que apenas organizaria o acesso do cidadão aos direitos que lhe são próprios; caso o Estado/Executivo falhasse nesse ponto, outra

¹¹² Acerca da não adoção do modelo de cidadania inglês pelo Brasil, José Murilo de Carvalho (2017, p. 17), diz que: “O Brasil não é exceção. Aqui não se aplica o modelo inglês. Ele nos serve apenas para comparar por contraste. Para dizer logo, houve no Brasil pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros” CARVALHO, 2017, p. 17).

¹¹³ Referimo-nos especificamente ao governo do presidente Getúlio Vargas, durante o Estado Novo — de 1937 a 1945 — e à ditadura militar que governou o Brasil entre 1964 e 1985.

¹¹⁴ Importante registrar a classificação dos brasileiros feita por José Murilo de Carvalho, quanto à garantia dos direitos civis no país. Diz o autor: “Há os de primeira classe, os privilegiados, os ‘doutores’, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. Os ‘doutores’ são invariavelmente brancos, ricos, bem-vestidos, com formação universitária. [...] Frequentemente mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário. Esses vínculos permitem que a lei só funcione em seu benefício. [...] Existe uma grande massa de ‘cidadãos simples’, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos proprietários urbanos e rurais. Podem ser brancos, pardos ou negros, têm educação fundamental completa e o segundo grau, em parte ou todo. Essas pessoas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm carecem dos meios necessários para os fazer valer, como o acesso aos órgãos e autoridades competentes, e os recursos para custear demandas judiciais. Finalmente, há os ‘elementos’ do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses ‘elementos’ são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia” (CARVALHO, 2017, p. 217, grifos do autor).

face sua, o Estado/Judiciário, de igual poder, garantiria a cidadania. O modelo brasileiro, por sua vez, estabeleceu os direitos sociais sem a configuração política do cidadão, como se os direitos acessíveis fossem dádivas do Estado/governo, e isso estabeleceu sobre os cidadãos a imagem de um Estado forte e dominador, a quem se deve fidelidade e temor, bem como de desnível, superioridade, do Executivo em relação às demais faces do Estado (Legislativo e Judiciário), encaminhando assim o cidadão para relação de subserviência e dependência em relação ao governo. É o que José Murilo de Carvalho chama de “estadania”¹¹⁵.

De todo modo, ainda no caminho da diversidade dos modelos, a estruturação diferenciada da cidadania brasileira não significa, por si, que seja ela menor ou maior, pior ou melhor do que o modelo inglês, norte-americano ou qualquer outro, sendo antes de tudo reflexo do momento histórico de sua realização, como já indicamos. Diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, onde definição constitucional de cidadania permaneceu ausente por quase cem anos, ou na França, onde a noção de cidadania foi reformulada por diversas constituições em um mesmo período (HOLSTON, 2013, p. 96), o Brasil, desde sua formação como Estado-nação estabeleceu sua definição de cidadania, mais precisamente no artigo 6º da Constituição de 1824¹¹⁶, a qual foi mantida pelas Constituições posteriores e

¹¹⁵ Ao abordar as consequências derivadas de sistemas que, como no Brasil, inversamente à ordem cronológica proposta por Marshall, estabeleceram os direitos sociais como base da pirâmide da cidadania, José Murilo de Carvalho explica o que chama “estadania” nos seguintes termos: “Uma consequência importante é a excessiva valorização do Executivo. Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, cria-se a imagem, para o grosso da população, da centralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. [...] O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. [...] Como vimos, até mesmo uma parcela do movimento operário na Primeira República orientou-se nessa direção; parcela ainda maior adaptou-se a ela na década de 30. Essa cultura orientada mais para o Estado do que para representação é o que chamamos de “estadania”, em contraste com a cidadania” (CARVALHO, 2017, p. 221)

¹¹⁶ “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização” [sic] (BRASIL, 1824).

permanece, em linhas gerais, até o presente por meio do art. 12 da Carta Política de 1988.

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira (BRASIL, 1988).

Contudo, embora estabelecida com as balizas abrangentes do nascimento territorial [*jus soli incondicional*] e do parentesco sanguíneo [*jus sanguinis*], com forte perfil inclusivo, a cidadania brasileira, desde o início, não dispunha da mesma força igualitária na distribuição dos direitos; todos os nascidos no Brasil ou os filhos de brasileiros podiam ser cidadãos nacionais, mas nem todos tinham direitos iguais. Diferente dos norte-americanos e dos franceses que, motivados pelo princípio da igualdade, especialmente por influência do Iluminismo, optaram por ter suas cidadanias mais restritivas (no que diz respeito à abrangência daqueles que podiam ser cidadãos), porém mais uniformes (igual para todos que assim eram considerados), na cidadania brasileira a inclusão contava menos do que a qualidade do cidadão incluído. O modelo aqui empreendido¹¹⁷, tomando em conta diferenças sociais sem previsão na nossa definição constitucional de cidadania, flertou com a distribuição

¹¹⁷ Analisando o modelo de cidadania estabelecido no Brasil, James Holston apresenta que tal esquema de cidadania “[...] é, em resumo, um mecanismo de distribuição de desigualdade. As cidadanias não criaram diretamente a maioria das diferenças que usam. Elas são, antes, os meios fundamentais pelos quais os Estados-nações reconhecem e administram algumas diferenças como sistematicamente proeminentes, ao legitimá-las ou igualá-las para propósitos diversos. Em geral, um regime de cidadania legítima e iguala as diferenças ao mesmo tempo, e suas combinações específicas lhe conferem um caráter histórico. A formulação brasileira iguala as diferenças sociais no que se refere à afiliação nacional, porém legaliza algumas dessas diferenças como bases para distribuir de maneira diferenciada direitos e privilégios entre os cidadãos. Assim, no início da República, ela negava educação como um direito do cidadão e usava o analfabetismo como o gênero para restringir a cidadania política. Ao legalizar essas diferenças, ela consolida suas desigualdades e as perpetua em outras formas por toda sociedade” (HOLSTON, 2013, p. 28).

diferenciada de direitos, privilégios, imunidades e poderes, o que ainda se verifica nos dias atuais.

Nesse sentido, por mais que se possa teoricamente justificar, a partir dos elementos naturais de contextualização, a singularidade do modelo de cidadania brasileiro frente à padronização idealizada por T. H. Marshall, resta claro que sua característica de inclusão em massa e a prática do escalonamento de direitos entre os cidadãos atuam como fator de promoção ou manutenção da desigualdade social ao longo da história do país. No mais, por se relacionar com a participação do indivíduo na vida do Estado, é natural que haja confusão de conceitos entre cidadania e nacionalidade, entretanto são condições diversas, embora a nacionalidade seja pressuposto da cidadania¹¹⁸. Para que possa interferir na realização do Estado, como titular de direitos e sujeito de deveres, o indivíduo deve necessariamente ser membro daquela nação, nato ou naturalizado; precisa ter nacionalidade. De outro lado, é possível que, mesmo sendo nacional, o indivíduo não seja cidadão em virtude de não preencher as exigências próprias do exercício da cidadania, a exemplo do que acontece com os brasileiros menores de 16 anos que, embora possuam nacionalidade, não exercem a cidadania no que diz respeito ao direito ao voto. Assim, todo cidadão é nacional, mas nem todo nacional será cidadão.

No mesmo sentido é a confusão comumente estabelecida entre cidadania e democracia. Por se relacionar a cidadania com a titularidade e o exercício de direitos, é costumeiro que seja interpretada como expressão ou atributo dos regimes democráticos, com que, entretanto, não tem relação de exclusividade (AGRA, 2013, p. 119-120). Em tese, a valorização e a expansão dos direitos ocorrem em maior escala nos regimes democráticos, porém isso não quer dizer que não ocorra ampliação de direitos e exercício da cidadania em regimes autoritários ou ditatoriais. Prova disso é que no Brasil houve considerável ampliação dos direitos sociais e políticos nos períodos de regimes autoritários, como já observamos anteriormente.

¹¹⁸ José Afonso da Silva se expressa sobre a diferença entre cidadania e nacionalidade nos seguintes termos: “Cidadania [...] qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política [...] Nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão” (SILVA, 2010, p. 305).

Como ato final, cumpre registrar, em relevo, que a pretensão deste subtítulo não foi esgotar a apresentação dos assuntos referentes à cidadania, até porque falamos de tema rico e complexo capaz de justificar inúmeras pesquisas e estudos específicos; a intenção aqui é fazer apanhados, indicar linhas gerais, agregar ao trabalho conhecimentos indispensáveis à compreensão da relação íntima e indissociável entre saúde e cidadania que passaremos a estudar na sequência.

4.2 CIDADANIA E SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Como já abordamos em outros momentos ao longo deste trabalho, a edição da Constituição brasileira vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado federal Ulysses Guimarães, simbolizou uma guinada da nação rumo à amplitude das liberdades, dos direitos e da cidadania a patamares nunca antes experimentados no Brasil.

Construída em um ambiente de redemocratização após 21 anos de ditadura militar, a Constituição de 1988 foi elaborada com considerável participação da sociedade brasileira, não só através da atuação dos representantes políticos eleitos em 1986, para composição da Assembleia Nacional Constituinte, como também, de modo direto, por meio da organização social, manifesta em entidades, assembleias e reuniões, e de debates e apresentação de propostas sobre temas de interesses dos diversos segmentos da população¹¹⁹; vozes que foram ouvidas pelo legislador constituinte.

Logo aqui, é importante transcrever trecho do *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, ocorrida entre 17 e 21 de março de 1986, considerada a maior contribuição social para a formulação do sistema constitucional de saúde estabelecido em 1988. Os itens 1 e 2 do tópico “Tema 1 – Saúde como Direito”, do aludido relatório que, conforme demonstraremos adiante, foram considerados pela nova Constituição, apresentaram as seguintes diretrizes e expectativas à então Assembleia Constituinte:

¹¹⁹ Especificamente com relação à saúde, objeto direto do nosso estudo, merece destaque a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, considerada o movimento mais significativo do processo de democratização da saúde em toda sua história (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 78).

1 – Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 – A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em lutas cotidianas.

[...] (BRASIL, 1986, p. 4).

José Murilo de Carvalho faz o seguinte relato acerca do ambiente de edição da Constituição brasileira de 1988:

A Nova República começou em clima de otimismo, embalada pelo entusiasmo das grandes demonstrações cívicas em favor das diretas. O otimismo prosseguiu na eleição de 1986 para formar a Assembleia Nacional Constituinte, a quarta da República. A Constituinte trabalhou mais de um ano na redação da Constituição, fazendo amplas consultas a especialistas e setores organizados e representativos da sociedade. Finalmente, foi promulgada a Constituição em 1988, um longo e minucioso documento em que a garantia dos direitos do cidadão era preocupação central (CARVALHO, 2017, p. 202).

A Constituição vigente utiliza o termo cidadania sete vezes, sendo de maior importância para o nosso estudo a referência feita no inciso II, art. 1º, quando a cidadania é apresentada como fundamento da República Federativa do Brasil. Segue o dispositivo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II - a cidadania;

[...] (BRASIL, 1988).

Ao declarar a cidadania como fundamento do Estado brasileiro, a ordem constitucional vigente no país estabeleceu que a existência e estruturação nacional dependem da efetiva participação do indivíduo cidadão na vida do país, não só pelo cumprimento das regras e obrigações que lhe são estabelecidas para o pertencimento, como também pela participação no processo político eleitoral, direta ou indiretamente (direitos políticos), e pelo exercício dos demais direitos (civis e sociais) que lhe são reconhecidos como membro da nação. A negativa da cidadania, nesse contexto, significa a não realização do próprio Estado-nacional brasileiro.

Sobre o aspecto da saúde, a Carta Magna de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a reconhecê-la como direito social fundamental do Estado brasileiro, estabelecendo tal preceito especialmente nos seus art. 6º e 196, cujas transcrições são importantes para compreensão do nosso trabalho:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
(BRASIL, 1988).

É preciso reiterar a abordagem feita no primeiro capítulo deste trabalho no sentido de que a Constituição brasileira de 1988 não só reconheceu expressamente a saúde como direito social fundamental nos seus art. 6º e 196, como também estabeleceu, partir disso, nos seus artigos 198 a 200 as diretrizes da política nacional de saúde a ser empreendida pelo Estado por meio de um Sistema Único de Saúde (SUS), também elaborado a partir das reivindicações sociais e classistas manifestas no contexto de elaboração da constituinte, a saber, a descentralização¹²⁰, o acesso universal e o atendimento integral e igualitário. Para o nosso estudo, também merece destaque o art. 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

¹²⁰ Segundo Raeffray (2005, p. 285), a 8ª Conferência Nacional de Saúde já sugeria que o novo sistema de saúde a ser implantado pela ordem constitucional em construção no Brasil na época [que viria a ser o SUS], deveria “[...] ser organizado com base epidemiológica e ter prioridades claramente definidas em função das necessidades locais e regionais” e “estruturar-se com base nos conceitos de descentralização, regionalização e hierarquização — só centralizar o que realmente não for possível descentralizar”.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – (revogado).

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício (BRASIL, 1988).

É importante destacar que, embora tenha delegado à legislação infraconstitucional a regulamentação do SUS, o que se operou especialmente através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990b), a Constituição de 1988 empreendeu atitude simbólica e gravou, de forma expressa no seu texto, os princípios, a formatação e a organização desse sistema.

Veja-se, a Constituição não fez, em relação à saúde, o costumeiro ao texto constitucional, ante sua natureza, de disciplinar com generalidade o direito fundamental, outorgando à legislação inferior as bases de sua realização. Não! A

Carta Política de 88 estabeleceu, ainda que em linhas estruturais, como deve ser organizado e prestado o serviço de saúde no Brasil, e essa disciplina também integra o direito fundamental à saúde garantido ao povo brasileiro.

No Brasil, é direito fundamental do cidadão a saúde prestada mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços necessários à sua promoção, proteção e recuperação, prestados por uma rede de atendimento regionalizada e hierarquizada dentro de um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes de descentralização, com direção em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

Na mesma linha, o texto constitucional de 1988 define o direito à saúde de forma ampla, envolvendo várias dimensões da vida social e da atuação da esfera pública: o direito à saúde não se traduz somente na disponibilização e no acesso a ações e políticas públicas de natureza curativas, antes e também compreende o conjunto de medidas de promoção e prevenção, em que se incluem as ações relacionadas com bens inerentes à vida do cidadão com qualidade e dignidade, tais como educação, trabalho, habitação e segurança, entre outros¹²¹.

Assim, as políticas de saúde passam a ser concebidas não mais como fator de compensação das desigualdades geradas pelo mercado, mas como instrumento indispensável ao desenvolvimento da sociedade. Isso tende a evitar o equívoco de pensar a saúde exclusivamente sob o viés do desenvolvimento econômico e/ou de políticas de combate à pobreza, para compreendê-la primeiramente como fator de desenvolvimento social. Na ordem constitucional brasileira vigente, o direito à saúde

¹²¹ Ingo Wolfgang Sarlet complementa: “Além disso, o direito à saúde impõe ao Estado a criação de todo um aparato de proteção (v.g., as normas penais que vedam lesões corporais, morte, charlatanismo etc.), assim como a criação de uma série de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde (campanhas de vacinação pública, atuação da vigilância sanitária, controle de fronteiras, participação nos Conselhos e Conferências de Saúde, entre outros), situação na qual se está em face de um direito social na sua condição de direito prestacional em sentido amplo, tanto como direito de proteção, quanto na condição de direito à organização e ao procedimento. De outra parte, a efetivação do direito à saúde implica o fornecimento de prestações materiais por parte do Estado (medicamentos, procedimentos cirúrgicos, tratamentos, exames, etc.), neste sentido tratando-se de um direito social a prestações materiais” (SARLET, 2013a, p. 542).

está carregado de sentidos sociais que vão muito além da ausência ou do controle de doenças.

Pois bem. Da simples apresentação feita até aqui, especialmente pela transcrição de dispositivos constitucionais, fica clara a relação indissociável entre saúde e cidadania no contexto da Constituição de 1988, isto é, da caracterização da saúde como elemento de cidadania no Brasil, seja pela fundamentalidade conferida ao direito à saúde, em decorrência da sua relação direta com a vida do indivíduo, seja pela condição de direito social, reconhecido desde a teoria da dimensão dos direitos de T. H. Marshall (1988) como elemento indispensável à realização da cidadania plena. Na Constituição de 1988, a saúde, paralelo ao viés da vida, da dignidade, do bem-estar e da felicidade humana, é um elemento de execução e verificação da cidadania brasileira. A ausência de sua prestação em favor do cidadão brasileiro significa, a um só tempo, violação desse direito e falência da estrutura do Estado-nação.

Aliás, a interface entre cidadania e saúde no Brasil é confirmada não só pela clareza e pela conexão dos comandos constitucionais atinentes a esses direitos, como também pelo reconhecimento expresso do próprio Estado brasileiro naquilo que certamente é uma das suas principais políticas públicas de prevenção e assistência à saúde dos brasileiros, isto é, o cuidado com a infância. Nesse sentido, nosso destaque é para o fato de que a Caderneta de Saúde da Criança, distribuída pelo Ministério da Saúde a todo recém-nascido em território nacional, com o intuito de promover a orientação, o acompanhamento e a proteção da saúde da criança, tem o título de *Passaporte para a cidadania*:

Figura 1 – Caderneta de Saúde da Criança



Fonte: Ministério da Saúde (2011).

Nota: Montagem do autor (2017).

Outro elemento comprovatório da personificação da cidadania no sistema de saúde delineado pela Constituição brasileira de 1988 está na participação direta e ativa da população na realização do SUS, através das Conferências e dos Conselhos de Saúde, os quais possuem competência, respectivamente, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação das políticas do setor, assomo como atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros.

Ao regulamentar o Sistema Único de Saúde em plano infraconstitucional, a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990¹²², disciplinou a participação da comunidade na

¹²² “Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II - o Conselho de Saúde. § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo,

gestão do SUS, conforme previsto no artigo 198, inciso III, da Constituição Federal, estabelecendo que os usuários integram os Conselhos e as Conferências de Saúde de modo paritário em relação ao conjunto dos demais segmentos. Nessas instâncias de formulação e avaliação das políticas de saúde, o cidadão brasileiro, além de sua representação pelo Poder Público, atua diretamente, com direito de voto, nos processos de decisão dos rumos da política nacional de saúde. Ato legítimo de exercício dos direitos políticos e da cidadania¹²³.

É bom destacar que, além da condição de direito fundamental, que pressupõe a universalidade e o acesso irrestrito, a caracterização da saúde como elemento da cidadania também assegura o dever da sua prestação pela República Federativa do Brasil àqueles indivíduos que a integram. Sendo elemento indissociável da existência da Federação em todos os seus níveis, conforme assentado no art. 1º, inciso II, da Constituição, a cidadania é princípio fundador da República brasileira, a qual se caracteriza pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, de modo que aos respectivos governos¹²⁴ se estende tal obrigação solidariamente¹²⁵.

Sem correr o risco de alargar nossa manifestação para além dos limites do tema, é importante abordarmos que tanto a cidadania quanto o direito fundamental à saúde

órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. § 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) terão representação no Conselho Nacional de Saúde. § 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. § 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho” (BRASIL, 1990a).

¹²³ O Decreto nº 5.839/2006 dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

¹²⁴ No mesmo sentido, o art. 23, inciso II, da Constituição de 1988, também assegura a solidariedade de todos os entes formadores da República brasileira na prestação do direito fundamental à saúde, estabelecendo o seguinte: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]” (BRASIL, 1988).

¹²⁵ Nesse sentido é o posicionamento pacífico do Judiciário brasileiro: Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. Supremo Tribunal Federal – STF. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178. Tribunal Pleno. Julg. 05/03/2015. União e Maria Augusta da Cruz Santos. Relator Min. LUIZ FUX. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2017.

permeiam, se fortalecem e se efetivam mutuamente por intermédio de outros fundamentos e objetivos da República brasileira de 1988, comprometidos com a justiça social, como a dignidade humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, incisos I, II e III), que funcionariam como elementos de conexão entre direitos individuais (direitos de liberdade) e direitos de sociais (direitos de igualdade) (SARLET, 2013a, p. 532).

Também deve ser pontuada a ideia de que o direito fundamental social, no caso a saúde, exige do Estado e de terceiros não só uma postura ativa no sentido de produzir ações e políticas capazes de satisfazer as necessidades da população nesse sentido — natureza positiva, como também que se abstenham de realizar atividades que impliquem em obstáculos ou prejuízos ao exercício desse direito pelo cidadão — natureza negativa (LENZA, 2009, p. 759). Acrescenta-se a isso o que dispõe o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que quer dizer, a princípio, que não dependem de regulamentação por outras legislações ou qualquer outra etapa extraconstitucional para que possam ser aferidas por seus titulares¹²⁶.

Cumpra dizer que o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, reconhecido como “guardião da Constituição”, pela competência institucional de que dispõe para realizar a interpretação e a aplicação da Lei Maior em último grau de jurisdição, sinaliza pelo reconhecimento da plenitude do direito

¹²⁶ Considerando que, em regra, os sistemas constitucionais não reconhecem aos direitos sociais a mesma eficácia e efetividade imediatas conferidas aos demais direitos fundamentais, vinculando-os, em geral, à necessidade de legislação infraconstitucional regulamentadora, Ingo Wolfgang Sarlet destaca a vanguarda da Constituição brasileira de 1988 nesse aspecto em relação a países como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Itália: “A análise comparativa entre o sistema de direitos fundamentais brasileiro e outros ordenamentos constitucionais, especialmente no que concerne aos direitos sociais, acentua uma certa posição de vanguarda da Constituição de 1988, que, ao consagrar os direitos sociais como direitos fundamentais, dotou-os de uma supremacia e uma força normativa axiologicamente superiores, decorrentes exatamente desta posição no texto constitucional, o que resultou na tendência de se reconhecer aos direitos sociais, pelo menos em termos gerais, o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais, observadas as peculiaridades de cada direito. Esse regime jurídico reforçado distingue a proteção constitucional dos direitos sociais no sistema brasileiro do quadro normativo vigente em outros países, onde, ainda que previstos no texto constitucional, são vistos com uma eficácia bem mais restrita e, em casos mais extremos, chega-se mesmo a lhes negar o caráter de autênticos direitos fundamentais. Essa limitação de eficácia decorre, principalmente, de uma densidade normativa alegadamente mais baixa dos preceitos que dispõem sobre direitos sociais, tornando habitual o argumento acerca da necessária e prévia *interpositio legislatoris* como requisito para a definição do âmbito de proteção dos direitos sociais” (SARLET, 2013a, p. 535).

fundamental à saúde estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como pela sua efetividade imediata, especialmente por conta da relação direta com o direito à vida e à dignidade dentro do sistema de cidadania estabelecido pela ordem constitucional. Chega-se a essa conclusão a partir do posicionamento adotado pela Corte Suprema no ano de 2000, no julgamento Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (RE-AgRg) nº 271.286¹²⁷, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, considerado o *leading case* (caso modelo) sobre a matéria, bem como no julgamento, em mesmo sentido, proferido recentemente na análise de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501¹²⁸, do Distrito Federal, proposta em face da Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, que autoriza a comercialização de medicamento não submetido previamente a testes clínicos em seres humanos. Vejamos, respectivamente, o acórdão proferido no RE-AgRg nº 271.286/RS e o acórdão e trechos do voto do Ministro Relator na Medida Cautelar da ADI 5.501/DF:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de

¹²⁷ Supremo Tribunal Federal – STF. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286. 2ª Turma. Julg. 12/09/2000. Município de Porto Alegre e Cândida Silveira Saibert. Relator Min. CELSO DE MELO. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2017.

¹²⁸ Supremo Tribunal Federal – STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501. Tribunal Pleno. Julg. 19/05/2016. Associação Médica Brasileira e Presidente da República. Relator Min. MARCO AURELIO. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2017.

infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO. Surge relevante pedido no sentido de suspender a eficácia de lei que autoriza o fornecimento de certa substância sem o registro no órgão competente, correndo o risco, ante a preservação da saúde, os cidadãos em geral.

[...]

Observem a organicidade do Direito e o âmbito da Lei 13.269/2016, autorizadora da comercialização de substância química não submetida previamente a testes clínicos em seres humanos. Ao suspender exigibilidade de registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos – art. 196 da CF. (...) Ao dever de fornecer medicamentos à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, a atuação proibitiva do Poder Público, no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias. A esperança depositada pela sociedade nos medicamentos, especialmente naqueles destinados ao tratamento de doenças como o câncer, não pode se distanciar da ciência. Foi-se o tempo da busca desenfreada pela cura sem o correspondente cuidado com a segurança e eficácia das substâncias. O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano. [...] Na elaboração do ato impugnado, o Congresso Nacional, ao permitir a distribuição de remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária, não cumpriu com o dever constitucional de tutela da saúde da população. [...] A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o art. 12 da Lei 6.360/1976. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida. No caso, a lei suprime, casuisticamente, a exigência do registro da fosfoetanolamina sintética como requisito para comercialização, evidenciando que o legislador deixou em segundo plano o dever constitucional de implementar políticas públicas voltadas à garantia da saúde da população. O fornecimento de medicamentos, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, não pode ser conduzido com o atropelo dos requisitos mínimos de segurança para o consumo da população, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde. [...] É no mínimo temerária — e potencialmente danosa — a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora. Ante o quadro, defiro a liminar pleiteada para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, até o julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade. [STF - ADI 5.501 MC/DF – Julgamento 19/05/2016 - voto do Relator Ministro Marco Aurélio]

Nesse sentido, a cidadania pela saúde, garantida ao brasileiro como fundamento do Estado-nação e direito fundamental inerente à vida, tem aplicação imediata e irrestrita¹²⁹. A ideia que se tem a partir disso é que não há limites para o exercício da saúde cidadã pelo povo brasileiro, o que poderia representar na amplitude desse direito específico, analogicamente e sob esse viés restrito, a personificação do cidadão pleno idealizado desde T.H Marshall (1988). No entanto, não é isso que tem se verificado na prática. Acontece que teorias balizadoras, contingenciadoras e minimizadoras da repercussão dos direitos fundamentais, ao argumento da necessidade de harmonização do sistema de cidadania, são comumente invocadas para o balizamento do direito fundamental à saúde, funcionando como freio ou contrapeso no ambiente constitucional aparentemente ilimitado¹³⁰. Referimo-nos, especialmente, à teoria do mínimo existencial ou mínimo social, assim designada por alguns estudiosos quando há relação direta com os direitos sociais, como a saúde, e à teoria da reserva do possível.

Para a teoria do mínimo existencial, a obrigação do Estado em prover a cidadania — o exercício do direito pelo cidadão — residiria exclusivamente na proporção da fundamentalidade desse direito, isto é, tomando como exemplo o nosso ambiente de pesquisa, o Estado estaria obrigado a prestar o direito à saúde apenas na escala da essencialidade, para garantir ao indivíduo a vida em condições satisfatórias. Sua

¹²⁹ Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a universalidade e a igualdade mencionadas no art. 196 da Constituição de 1988 não significa propriamente a acessibilidade de todos ao sistema de saúde, de forma irrestrita e gratuita, uma vez que a interpretação do direito à saúde no âmbito da Constituição pressupõe a análise da necessidade de cada titular do direito dentro do contexto de sua realidade, em homenagem aos comandos também constitucionais da proporcionalidade e da isonomia, o que em certas situações pode significar aplicar tratamentos “desiguais na medida das desigualdades”. Diz o autor: “Assim o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), assim como ao princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos interesses em jogo). [...] Portanto, ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais” (SARLET, 2013b, p. 1936).

¹³⁰ Cláudio Pereira de Souza Neto declara: “A Constituição Federal, em seu art. 5º, § 1º, estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata. Tal dispositivo tendia a representar um grande avanço na efetivação da Constituição, por estabelecer *in abstracto* a possibilidade de se caracterizar normas instituidoras de direitos fundamentais através de conceitos restritivos de sua efetividade, como os de norma não autoaplicável ou de eficácia limitada. Mas esse potencial não se realizou: tem-se a impressão de que tudo o que a doutrina e a jurisprudência têm dito, a partir desse dispositivo, sobre a efetividade jusfundamental, poderia igualmente se dizer sem ele” (SOUZA NETO, 2011, p. 193).

obrigação não seria na amplitude sem margem, que parece resultar do texto constitucional, colocando à disposição do cidadão, por meio do SUS, de forma contínua, o acesso livre e universal a todo e qualquer serviço de prevenção, promoção e cura. Sua obrigação estaria em disponibilizar ao cidadão as orientações, as práticas, os serviços e os tratamentos necessários para manutenção da sua vida, com dignidade e qualidade (SARLET, 2013a, p. 546).

A teoria do mínimo existencial, embora se apresente como construção doutrinária e jurisprudencial, também argumenta sob base constitucional, assim como a cidadania e o direito fundamental à saúde (o que em tese lhe concede a mesma força principiológica desse direito), mais precisamente como um sistema de freio e contrapeso, derivado da necessidade de harmonização da integralidade do texto constitucional, ou seja, de que todos os direitos e todas as faces da cidadania a serem assegurados pelo Estado-nacional sejam observados de forma igual.

Desde a teoria das dimensões de direitos de T.H. Marshall (1988), a cidadania é considerada como instituto de várias faces, entre as quais, sob o prisma dos direitos sociais, o direito à saúde, porém não só ele. Também são elementos da cidadania a educação, a segurança pública, o sistema eleitoral, o exercício da propriedade, o direito do consumidor e vários outros aspectos da vida social. Todos eles, como manifestação da cidadania, devem ser considerados e realizados pelo Estado de igual forma, sob pena, de realizando um e não outro, não se realizar a própria cidadania.

Conforme já abordamos, o entendimento predominante na doutrina é no sentido de que a cidadania plena, firmada no exercício de todos os direitos em caráter de igualdade, é algo utópico, em virtude da própria desigualdade natural entre os indivíduos e da limitação do Estado em prover o mundo perfeito, inclusive por suas limitações administrativas, como a falta de recursos suficientes para tanto. Assim, o investimento ilimitado em uma das faces da cidadania, como a saúde, por exemplo, poderia significar a ausência de meios para prover outra, ao menos no mesmo nível, como a educação, a segurança ou o saneamento, o que implicaria a ausência de realização da cidadania pelo Estado e, de modo mais amplo, a ausência de realização do próprio Estado. O que a teoria do mínimo existencial defende é que o Estado seja obrigado a realizar apenas a essencialidade de cada face da cidadania para que possa realizar todas elas.

Por sua vez, a teoria da reserva do possível¹³¹ defende que a realização das obrigações do Estado, decorrentes dos direitos sociais, como a saúde, devem ser avaliadas sempre dentro do contexto geral das obrigações estatais. Deve-se levar em conta que a implementação das ações correspondentes sempre se relaciona com a realização de prestações materiais, com o emprego de recursos públicos e com a movimentação do orçamento do governo, o qual é finito, pré-programado e com regras rígidas de execução, traçadas de modo geral pela própria Constituição Federal, visando ao equilíbrio fiscal e econômico, sem o qual o Estado se torna incapaz de arcar com suas obrigações. Nesse sentido, para a teoria da reserva do possível, na garantia constitucional de prestação dos direitos sociais está implícita a vinculação à capacidade de prestação do Estado, ladeada pelas regras estruturais de aplicação dos recursos públicos e pela harmonização de todo o conjunto de obrigações que lhe são atribuídas.

Como se pode perceber pela apresentação de seus conceitos, por se configurarem em aspectos diversos, mas em regra não antagônicos, é possível o atrelamento das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, no sentido de que o Estado teria por obrigação realizar aquilo de que é capaz dentro da harmonização administrativa, orçamentária e financeira que lhe é imposta, porém essa prestação, ainda que mínima, sempre deve corresponder ao que é indispensável para que o cidadão tenha sua vida ou o exercício de determinado direito fundamental, com dignidade e qualidade.

No entanto, tem sido comum, no Brasil, a utilização pelo Estado, por via governamental e até judiciária¹³², de uma ou ambas as teorias para deixar de prestar

¹³¹ O conceito de “reserva do possível” teve origem no direito alemão, quando o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao julgar processo em que pleiteava a realização de matrícula no ensino superior público, com base na liberdade de escolha da profissão, indeferiu o pedido argumentando que a garantia de direitos sociais depende da disponibilidade de recursos por parte do Poder Público (SOUZA NETO, 2011, p. 232).

¹³² Importante pontuar que, embora se venha reconhecendo as teorias minimalistas em julgamentos que confirmam sua aplicação em determinados casos concretos, não se verifica no Poder Judiciário o encantamento com essas teorias na mesma proporção de sua arguição pelos Poderes Executivo e Legislativo. Pelo contrário, o entendimento pretoriano majoritário tem rejeitado o comportamento restritivo do Estado com relação à garantia do direito à saúde ao cidadão brasileiro, mesmo diante de argumentos como impossibilidade financeira, necessidade de planejamento de políticas públicas e disponibilização do mínimo necessário. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: “O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela

ou prestar de forma insatisfatória ao cidadão o direito fundamental à saúde e, conseqüentemente, à cidadania, previstos na Constituição de 1988, sob o argumento de que tal comportamento restritivo representaria, na verdade, a expressão plena desses direitos no sistema de harmonização de regras e obrigações estatais estabelecidas pela Carta Política vigente no país¹³³.

Por outro lado, também gravita em torno da realização do direito fundamental à saúde e da cidadania que o reveste a teoria da proibição do retrocesso social, segundo a qual o Estado não pode ter conduta ativa ou omissiva que importe em perda, prejudicialidade ou redução das perspectivas de direitos fundamentais já conferidas ao cidadão. Isso quer dizer o Estado não pode atuar, omitir-se ou, por inoperância legislativa, administrativa ou política, deixar de dar cumprimento àquilo que já está garantido ao cidadão pelo texto constitucional ou a partir desse, seja por normas infraconstitucionais, seja por políticas públicas. No caso da saúde, a teoria do não retrocesso social significa, por exemplo, que o Estado não pode negar atendimento médico à população pela pouca disponibilidade de unidades de atendimento ou de sua baixa capacidade, nem criar obstáculos ao acesso do usuário ao sistema, como cobrança de valores, fixação de critérios sem base científica etc.

Como se vê, na prática o direito social fundamental à saúde e a cidadania que o reveste não se realizam pura e simplesmente a partir do texto constitucional que os garante aos brasileiros. Envolto em um sistema de balanceamentos, contrapesos e freios, firmado em conceitos subjetivos, deixa a certeza e a determinação imperativa do sistema constitucional de 1988 e mergulha na dúvida e na fragilidade das lutas por

essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Supremo Tribunal Federal – STF. Pet 1246 MC/SC. Tribunal Pleno. Julg. 31/01/1997. Município de Porto Alegre e Cândida Silveira Saibert. Relator Min. CELSO DE MELO. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2017.

¹³³ Ingo Wolfgang Sarlet, embora reconheça a aplicabilidade da teoria da reserva do possível no sistema constitucional brasileiro, critica a forma com que tem sido utilizada para impedir ou restringir o acesso do cidadão ao gozo de seus direitos fundamentais. Diz ele: “Se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia; o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social” (SARLET, 2013a, p. 545).

liberdade e igualdades historicamente estabelecidas entre Estado-nacionais e cidadãos. Reflexo disso são as manchetes diárias de jornais que informam sobre a superlotação de unidades de saúde; sobre os alarmantes números de vítimas dos surtos de doenças, relacionadas quase sempre com a ausência de políticas públicas de prevenção eficientes (dengue, zica-vírus, febre amarela etc.), seguida pela ausência de disponibilização de vacinas em número suficiente para atender a contento à população, o que provoca filas enormes em torno dos postos de vacinação; sobre o descontrole em relação aos serviços prestados pelos planos de saúde, com mensalidades cada vez mais altas e serviços invariavelmente mais restritos e limitados, entre várias outras ocorrências negativas.

Estabelece-se um cabo de guerra entre elementos que, na perspectiva da saúde cidadã desenhada na Constituição de 1988, deveriam interagir. De um lado, há o cidadão levado pela necessidade de ter acesso satisfatório ao serviço de saúde, para manutenção de sua vida com qualidade, frustrado por não ver seu direito tão eloquentemente registrado no texto constitucional se realizar e revoltado pela sensação de ser desconsiderado dentro do sistema em que deveria ser protagonista; de outro lado, há o Estado, embrenhado no alto número de obrigações que lhe foram atribuídas pela Constituição de 1988, atado pela ausência de capacidade financeira (quase sempre real) para realizar tudo aquilo que é devido e refém de uma estrutura administrativa quase sempre travada pela burocracia excessiva, pela falta de qualificação técnica de parte considerável de seus agentes e por vícios corrosivos como a corrupção. Nessa disputa a derrota fica para a “cidadania pela saúde”, planejada pelo sistema constitucional vigente como fundamento do Estado e da sociedade brasileira, mas que tem sido vítima da própria não efetivação desse modelo, pelo menos em nível satisfatório.

Não podemos deixar de registrar que é possível verificar avanços no sistema de “cidadania pela saúde” traçado na Constituição brasileira de 1988. O próprio SUS, firmado nas bases do acesso descentralizado, universal e igualitário, embora não tenha ainda se efetivado em nível que produza a sensação de amenizar os problemas da política de saúde brasileira, é um marco no desenvolvimento de um modelo de “cidadania pela saúde” no país, e já apresenta avanços significativos, por exemplo, nas políticas de prevenção e promoção da saúde, com a criação da Estratégia da

Saúde da Família (ESF), da Vigilância em Saúde, da Política Nacional de Saúde Bucal (PNSB) e da criação das carreiras de Agente Comunitário de Saúde¹³⁴ e Agente de Combate às Endemias¹³⁵, entre outros.

No mesmo sentido, vale apresentar números que demonstram a pujança e a ampliação do SUS brasileiro, tomando por base algumas ações do sistema em anos que integram o período de tempo abrangido pelo nosso estudo:

Tabela 1 – Números exemplificativos de ações do SUS

| Ações | Ano/Quantidade | | | |
|--|-----------------------|---------------|---------------|---------------|
| | 1998 | 2003 | 2008 | 2013 |
| Famílias Cadastradas | 5.141.520 | 24.138.664 | 31.273.499 | 35.357.491 |
| Imunização – Doses de Vacinas Aplicadas | 118.174.836 | 141.409.805 | 212.959.507 | 196.555.001 |
| Procedimentos Ambulatoriais | 1.268.564.175 | 1.969.314.789 | 2.914.162.162 | 3.797.916.707 |
| Procedimentos Hospitalares | 11.714.756 | 11.638.194 | 10.743.603 | 11.197.160 |

Fonte: Ministério da Saúde – Sistema de Informações/DATASUS (2017).

A questão é que, de fato, a partir dos contornos ideológicos da cidadania e do direito fundamental à saúde que percorremos ao longo desta seção, o entendimento a que se chega é que ambos encontram assento na Constituição brasileira de 1988, porém os comandos constitucionais correspondentes não produziram, ao menos até o momento e na escala anunciada, os efeitos idealizados tanto pelo Estado constituinte

¹³⁴ As carreiras de Agente Comunitário de Saúde e Agente de Combate às Endemias foram criadas pelos §§ 4º e 5º, do art. 198 da Constituição Federal de 1988, e são regulamentadas pela Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006.

¹³⁵ Em linhas gerais, os Agentes Comunitários de Saúde atuam principalmente na atenção básica à saúde, desenvolvendo atividades de prevenção e promoção, através de ações domiciliares e comunitárias, individuais ou coletivas, como a educação em saúde, as visitas periódicas às famílias com registro de nascimentos, óbitos e doenças realizando controle epidemiológico etc. Os Agentes de Combate às Endemias exercem funções de vigilância, prevenção e controle de doenças como campanhas de combate à dengue. Por suas atribuições, esses profissionais realizam a interação direta do sistema público de saúde com a sociedade, servindo ao mesmo tempo para realização, elaboração e controle de eficiência das políticas públicas de saúde.

quanto pelos cidadãos titulares desses direitos. Essa percepção se coaduna com a conclusão apresentada por José Murilo de Carvalho.

Percorremos um longo caminho, 178 anos de história do esforço, para construir o cidadão brasileiro. Chegamos ao final da jornada com a sensação desconfortável de incompletude. Os progressos feitos são inegáveis, mas foram lentos e não escondem o longo caminho que ainda falta percorrer (CARVALHO, 2017, p. 219).

A questão é que, se estamos falando em não realização da cidadania e do direito fundamental à saúde, como previsto na Constituição brasileira de 1988, estamos tratando do descumprimento do sistema constitucional, da ordem social e da lei, o que em um ambiente republicano democrático, como é o caso do Brasil, em regra enseja a atuação da face/Poder do próprio Estado com competência para restabelecer os direitos e as liberdades violados, ou seja, o Poder Judiciário.

O que resta saber então é se a “cidadania pela saúde”, garantida aos brasileiros, pode e está sendo realizada pelo Poder Judiciário, o que investigaremos no próximo e último capítulo do nosso trabalho, a partir do ambiente e da temporalidade que propomos inicialmente, isto é, a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo relacionada com o direito à saúde nos primeiros 25 anos da Constituição de 1988, considerando a trajetória histórica, a interdisciplinaridade das ciências relacionadas e a configuração constitucional apresentados até aqui. Prossigamos rumo ao desfecho de nosso estudo.

5 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO, A SAÚDE E A CIDADANIA NOS PRIMEIROS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

[...] À atual geração de magistrados foi atribuída gravíssima responsabilidade: o exercício da cidadania, assegurado amplamente no texto constitucional, depende, fundamentalmente, do Judiciário e de seus juízes.

[...]

Certo está, porém, que a ampla liberdade de apreciar o ordenamento positivo não autoriza o arbítrio da autoridade judiciária de qualquer nível, de molde a decidir fora dos limites que lhe traça a compreensão admissível da Constituição e das leis válidas¹³⁶(GURGEL, 2014, p. 47 e 51).

Nesta seção, chegamos à parte final do nosso estudo em que, condensando e aplicando os conhecimentos já adquiridos, investigaremos a história da saúde como direito fundamental no Brasil, diretamente a partir da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em processos relacionados com o tema. Para tanto, como pressuposto da compreensão adequada de nossas apurações e instrumento de viabilização do objetivo final deste trabalho, será necessário abordarmos questões como a participação do Poder Judiciário¹³⁷ na política de saúde; a história institucional do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo; a atuação da maior instância do Judiciário capixaba em processos relacionados com o direito fundamental da saúde.

Sobre a judicialização da política, especialmente da política de saúde, buscaremos conhecer, em suas linhas elementares, esse fenômeno que tem chamado a atenção de estudiosos do tema, de profissionais dos segmentos relacionados, de autoridades públicas e da sociedade em geral, pelo seu crescimento vertiginoso e pelos impactos que tem produzido sob diversos aspectos. Investigaremos a legitimidade da atuação do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, o impacto dessa atuação na estrutura

¹³⁶ Trechos do discurso do então Corregedor Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo, Desembargador Hilton Sily, nas comemorações do 100º aniversário do Tribunal de Justiça do Estado, em 1991.

¹³⁷ Em síntese, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro é o conjunto dos órgãos públicos que receberam da Constituição Federal de 1988 a função jurisdicional. Nesse sentido, o art. 92 da Constituição assim dispõe: “São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios” (BRASIL, 1988). Em nível constitucional, o Poder Judiciário brasileiro recebe regulamentação específica nos art. 92 a 126 da Carta Política de 1988.

federativa brasileira, seus eventuais limites e suas repercussões mais acentuadas sobre a esfera pública.

A partir disso, nos concentraremos em compreender a história e a organização institucional do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, campo específico de nossa pesquisa. Nesse ponto, apresentaremos o ambiente de formação e desenvolvimento do Tribunal capixaba, seus órgãos constitutivos, a composição de magistrados que o integram e suas estruturas de julgamento. Esse conhecimento é fundamental para que possamos entender a tramitação dos processos relacionados com o direito à saúde e seus desfechos no âmbito desse Tribunal estadual.

Finalizaremos, então, analisando os posicionamentos adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito em processos relacionados com o direito da saúde entre 1988 e 2013, isto é, nos primeiros 25 anos da Constituição brasileira vigente. Aqui realizaremos a abordagem de pronunciamentos oficiais de desembargadores e de julgamentos do Tribunal pertinentes ao tema do nosso estudo, investigando nesses atos, a partir dos conhecimentos reunidos durante toda a pesquisa, se é possível aferir que a atuação do Tribunal capixaba em relação ao direito da saúde no período recortado caracteriza a promoção da cidadania ou, como temos referido, da “cidadania pela saúde”, em prol da sociedade espírito-santense.

5.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Como já abordado em outros momentos do nosso trabalho, no Brasil do século XX a saúde como bem desejado pela sociedade teve acentuada ampliação na organização estrutural da nação, atingindo seu ponto máximo com a elevação ao nível de direito fundamental pela Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Até esse acontecimento, a luta dos brasileiros pela consolidação da saúde como “direito natural” e pela garantia de sua provisão pelo Estado prosseguia, porém firmada em base legislativa que, embora reconhecesse tal direito, lhe atribuía peso menor (não fundamental), caráter discricionário (realizável de acordo com as conjunturas de governo ou com a realidade de cada caso) e realização cooperada (obrigação do Estado e da família — direito previdenciário condicionado ao pagamento de contribuição). O Poder Judiciário atuava como órgão de fiscalização da

saúde dentro dessas balizas, não tinha poder absoluto de determinar em seu favor, não era garantidor supremo de sua realização; o ponto de referência da sociedade era o governo e sua intenção/capacidade de prover.

A partir da consagração da saúde como direito fundamental da nação brasileira, operada pela Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário nacional, responsável pela garantia da ordem constitucional e pela manutenção do Estado brasileiro, nos termos em que nela estão estabelecidos, adquiriu poder supremo para garantir a realização da saúde em benefício da sociedade, sob pena de, assim não agindo, permitir e compactuar com a falência do Estado pela violação de sua estrutura organizacional¹³⁸.

Investido de novos poderes constitucionais, o Judiciário brasileiro iniciou sua função de assegurar a prestação da saúde nos casos que lhe eram submetidos, impondo àqueles com a obrigação de preservá-la ou provê-la, seja o Poder Público, seja as entidades particulares, as ações necessárias à realização desse direito fundamental, não obstante as condições adversas que apresentem como eventual empecilho (priorização de outras políticas públicas, falta de orçamento, obrigação de terceiros etc.). Movimento consequente, a sociedade deixou de aguardar a atuação voluntária do governo e passou a buscar pela intervenção e pelo garantismo do Poder Judiciário.

Esse fenômeno constitucional, social, ideológico e institucional, que revolucionou a estrutura e o funcionamento do Estado verificado até 1988 e que dá vez, voz e participação imediatas à população, na execução das políticas de saúde, em tal nível que chega ao limite da separação dos Poderes, definida pela própria Constituição (Executivo, Legislativo e Judiciário), constituiu movimento de tão grande relevância

¹³⁸ Contribuem para a compreensão do nosso estudo as ideias de Cláudio Pereira de Souza Neto sobre a ampliação do Poder Judiciário na vida política brasileira: “Possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro no contexto da virada do século. No passado, vários fatores restringiam a atuação jurisdicional no campo social. Predominava a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador. As prestações sociais, ainda que positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador assim determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria. Esse ponto de vista tradicional começa a ser superado em meados da década de 1990, com decisões judiciais que determinavam a entrega de medicamentos necessários ao tratamento de portadores do vírus HIV” (SOUZA NETO, 2011, p. 221-222).

que recebe de pesquisadores e estudiosos do tema, das mais diversas ciências, designação própria, qual seja “judicialização da saúde”¹³⁹.

O Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS), em 2015 lançou o livro *Direito à Saúde*, com o intuito de esclarecer aos gestores e à população esse fenômeno de participação direta do Poder Judiciário na realização das políticas sanitárias. Vale transcrever trecho:

Conclui-se, então, que, no Estado de Direito, o sistema de justiça fornece respostas legais aos problemas da política e o problema apresenta-se quando o direito pretende determinar a política ou a política pretende limitar o direito. Nesse sentido, cumpre falar da judicialização da saúde. Primeiramente, há de se dizer que, no encontro entre o sistema sanitário e o sistema de justiça, prevalece a decisão judicial. Portanto, quanto mais os sistemas souberem lidar um com o outro, quem ganha é o direito e a sociedade (BRASIL, 2015a, p. 45-46).

Embora anteriormente à promulgação da Constituição de 1988 a saúde já se manifestasse como direito previsto em regras constitucionais e infraconstitucionais (especialmente de caráter previdenciário), deixando evolutivamente o teor de aspiração humanitária para consolidar-se como direito do cidadão e obrigação estatal, é fato que sua elevação à condição de direito fundamental no texto constitucional promoveu mudanças de comportamento tanto daqueles com titularidade sobre o direito, como dos que têm por atribuição provê-lo.

Nesse ambiente de evolução acelerada, com profundas reformas no sistema de saúde pública e significativa alteração no comportamento da sociedade, visto que passou de espectadora da autonomia governamental a titular de um direito inalienável, o Poder Judiciário assumiu papel protagonista sob a égide da recente Constituição, que

¹³⁹ Em um plano mais geral, a “judicialização da política”, fenômeno do qual a “judicialização da saúde” pode ser enquadrada como espécie, caracteriza-se pela intervenção decisória do Poder Judiciário em matérias que a princípio são de natureza político-administrativa, tais como educação, assistência social, saúde, transporte, efetivação dos direitos fundamentais em geral, em especial os sociais, prerrogativas governamentais ou legislativas etc., e que nesse sentido, em tese, deveriam ser exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo (VALLE, 2016, p. 103). Luiz Roberto Barroso, atual ministro do Supremo Tribunal Federal, fez a seguinte explanação, em artigo sobre o tema: “[...] Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro [...]” (BARROSO, 2017, p. 3).

ampliou de modo significativo seus poderes, suas competências, atribuições e responsabilidades, tornando-o garantidor da realização dos direitos fundamentais estruturantes da ordem constitucional e do Estado brasileiro, entre os quais a saúde. Isso quer dizer que a Constituição brasileira de 1988, além de alçar a saúde ao patamar de direito fundamental, incorporando as crenças ideológicas, os anseios humanitários e as necessidades administrativas que se manifestavam de forma crescente e consolidada na sociedade brasileira quando de sua promulgação, cuidou de prover estrutura com competência e poder para garantir a realização desse direito.

No entanto, o crescente ativismo do Judiciário no campo dos direitos sociais e das políticas públicas correlacionadas, mesmo que amparado em bases constitucionais, tem provocado uma série de debates em torno de suas dimensões, seus limites, sua necessidade de harmonização com as competências próprias dos demais Poderes da Federação brasileira, os efeitos gerados e os resultados produzidos, entre outras discussões. Até pela natureza basilar que assume nesse contexto, o ponto central do debate em torno do tema é a legitimidade do Poder Judiciário para dispor sobre políticas públicas e realizar, ainda que em segundo plano, atos de gestão.

Pode o Judiciário deliberar sobre ações que integram o rol de competências de outros Poderes da Federação? Pode o Judiciário fazer escolhas naturais do Executivo e Legislativo, interferindo inclusive na aplicação de seus orçamentos? Não seria isso um governo paralelo e ilegítimo?¹⁴⁰ De outro lado, pode o Judiciário negar ou restringir a prestação do direito fundamental à saúde ao cidadão que o procura na condição de guardião e promotor do ordenamento jurídico brasileiro? Estaria o Judiciário, ao permanecer inerte, também descumprindo preceito fundamental do Estado brasileiro relacionado com a proteção e a dignidade do cidadão? Muitas são as perguntas e grande é a complexidade de suas respostas, inclusive pela complementaridade que possuem dentro do mesmo tema e pela linha tênue que separa a prática de governo

¹⁴⁰ “A objeção desconhece que o modelo de separação de poderes adotado no Brasil não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado. Conformar-se como ‘sistema de freios e contrapesos’: envolve complexa trama de implicações e de limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário, condenando a Administração a prover bens e serviços, insere-se nessa rede de implicações recíprocas. Não é possível, portanto, através da simples referência à separação de poderes, deslegitimar a garantia de direitos sociais pelo Judiciário. Pode-se discutir o grau dessa interferência” (SOUZA NETO, 2011, p. 226-227, grifo do autor).

e o exercício judicante no contexto da efetivação judicial dos direitos sociais fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, marcado pela tripartição dos Poderes, é sabido que pertence ao Executivo o governo da sociedade; ao Legislativo, a estruturação das regras de organização e realização do Estado nacional, e ao Judiciário, a pacificação social e a guarda do ordenamento jurídico, em que se inclui a promoção de direitos não realizados a partir da atuação dos demais Poderes estatais, cumprindo-lhe, nesses casos, a efetivação desses direitos em favor dos cidadãos.

Assim, o provimento de direitos fundamentais pelo Judiciário não decorre, em primeira mão, de sua legitimação para tal mister; antes, é pautada no não exercício da legitimidade natural do Executivo e do Legislativo para tanto. A titularidade do Poder Judiciário para zelar pelo ordenamento jurídico, garantindo a efetivação das normas, não é em si o que o autoriza a realizar ou determinar prestações em favor do cidadão; é o não cumprimento da obrigação de outro Poder que o legitima, em segundo plano, a adotar as medidas de efetivação das regras estruturantes da Nação em favor do cidadão e a garantir, assim, a própria efetivação do Estado sob tal aspecto¹⁴¹. É nesse plano que o Poder Judiciário está legitimado a garantir ao cidadão brasileiro o direito fundamental à saúde, previsto nos art. 6º e 196 da Constituição brasileira de 1988, sempre que o titular de tal direito assim lhe reclamar.

Aqui, é importante abordar que a Constituição vigente garante a atuação do Judiciário não só de maneira implícita, a partir da sua natureza de Poder do Estado relacionado com a guarda do ordenamento jurídico, mas também, de forma expressa, nos termos do seu art. 5º, inciso XXXV¹⁴², com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹⁴¹ Recorremos novamente a Cláudio Pereira de Souza Neto, que apresenta a seguinte explicação: “A questão central é: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia, então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode-se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. [...]” (SOUZA NETO, 2011, p. 129).

¹⁴² A regra escrita no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira de 1988, caracteriza o “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, pelo qual o Estado deve garantir aos seus cidadãos o livre acesso ao Poder Judiciário para defesa e promoção de seus direitos (LIBERATI, 2013, p. 155).

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
 [...] (BRASIL, 1988).

Esse dispositivo deixa claro que, embora pertença naturalmente aos Poderes Executivo e Legislativo a competência para planejar, executar e disciplinar o direito à saúde no Brasil, como também existem de fato normas legais que estabelecem aos gestores públicos regras de organização administrativa, controle orçamentário etc., o sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro, seja qual for sua disposição, não pode servir de obstáculo para que o cidadão apresente ao Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito seu, em que se inclui a saúde¹⁴³.

Nesse sentido, não há dúvida de que a Constituição brasileira assegura de modo incontroverso a atuação do Poder Judiciário sempre que o cidadão lhe reclame a violação de algum direito. Contudo, é bom destacar que o comando constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, se relaciona com a legitimidade do Judiciário para avaliação do caso que lhe foi apresentado e não com a garantia do resultado dessa análise ou com a realização do direito nos termos em que invocado pela parte. Diante do caso que lhe foi submetido, cabe ao Judiciário, investido da legitimidade que a Carta Política lhe confere, utilizar-se das normas e dos princípios referentes ao direito reclamado e pronunciar a solução, positiva ou negativa, que se harmonize com o conjunto de variáveis existentes em torno da matéria.

¹⁴³ Ingo Wolfgang Sarlet destaca a legitimidade do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas nos seguintes termos: “Quase como uma consequência da menor densidade normativa e do caráter muitas vezes aberto das normas de direitos sociais, alega-se uma impossibilidade de controle judicial das políticas públicas de implementação desses direitos, que constituiriam matéria afeta à discricionariedade administrativa e, portanto, sujeitas, apenas, a critérios de conveniência e oportunidade, sobre os quais não caberia intervenção judicial. Conquanto não se vá aqui adentrar ao exame da problemática da legitimidade da atuação do Judiciário, importa assinalar, contudo, que a consagração da garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) já é bastante para fragilizar o argumento da inviabilidade de controle judicial das políticas públicas, mais ainda quanto à perspectiva objetiva dos direitos sociais. Se o Judiciário não deve substituir-se ao legislador, deve atentar-se para o permanente conflito entre direitos sociais e princípio democrático, que não se resolve (e a decisão cabe ao próprio Judiciário) senão diante do caso concreto e mediante aplicação de critérios como a proporcionalidade” (SARLET, 2013a, p. 544)

Outro aspecto importante no plano constitucional de atuação do Judiciário é que não pode ele agir de ofício em sua função jurisdicional (princípio da inércia¹⁴⁴), isto é, para que profira decisões e confirme o direito em um determinado caso, é necessário que seja provocado pela parte (titular do direito que carece da atuação jurisdicional). Assim, o Judiciário brasileiro só pode prover o direito fundamental à saúde em favor do cidadão nos casos em que esse leva ao seu conhecimento ameaça ou lesão a tal direito seu, requerendo-lhe providências. Caso contrário, a atuação voluntária do Judiciário caracterizaria ação de governo ou legislação nova, invadindo competência própria dos Poderes Executivo e Legislativo, conforme o caso.

Ao Judiciário não é dado legislar, nem planejar ou realizar políticas públicas, mas somente garantir direitos quando esses não se realizaram ou foram violados por ato ou omissão dos demais Poderes do Estado ou de particular¹⁴⁵. Enfim, o ambiente constitucional vigente autoriza o Poder Judiciário, por ser a face do Estado com competência para efetivação do ordenamento jurídico e solução de conflitos, a prover o direito à saúde quando — e somente quando — houver lesão ou ameaça a tal direito e seu titular submeta-lhe o caso, solicitando providências. No mais, confirmada a legitimidade do Poder Judiciário para realização do direito à saúde do cidadão brasileiro, os debates relacionados com a judicialização se voltam para as formas, as regras e os limites inerentes ao ativismo da magistratura nessa seara.

¹⁴⁴ Pelo princípio da inércia, o processo judicial começa, em regra, pela provocação da parte interessada, sendo vedado ao Poder Judiciário instaurá-lo de ofício. Tal diretriz firma-se especialmente na ideia de que os órgãos jurisdicionais devem ser desinteressados e imparciais, de modo que só deve intervir sobre qualquer conflito quando provocado pelos interessados por meio do processo. No Direito brasileiro, tal princípio tem representação expressa no art. 2º do Código de Processo Civil vigente, com a seguinte redação: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei” (BRASIL, 2015b). Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco justificam o princípio da inércia, explicando que “[...] o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdia, lançando desavenças onde elas não existiam” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 131).

¹⁴⁵ O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki, ao prefaciар obra de Clenio Jair Schulze e João Pedro Gebran Neto, fez a seguinte abordagem sobre o assunto: “Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender prestações minimamente essenciais à efetividade de direito fundamental social, abre-se espaço para a atuação jurisdicional” (ZAVASCKI, 2015, p. 11).

Como vimos anteriormente, o que a Constituição brasileira garante de forma objetiva, especialmente em seu artigo 5º, inciso XXXV, é a legitimidade do Judiciário para atuação nos casos de lesão ou ameaça a direitos levados ao seu conhecimento, e não a garantia de resultado na forma postulada pela parte ou na amplitude subjetiva do conceito de saúde. Nesse sentido, na realização do direito fundamental à saúde, o Poder Judiciário brasileiro deve considerar, em sua atuação, todas as circunstâncias inerentes à matéria (em que se incluem necessariamente os efeitos sociais e administrativos decorrentes do seu posicionamento), garantindo, na integralidade, a prestação de saúde de que necessita a parte e efetivando consequentemente a sua cidadania, dentro, porém, do menor grau de interferência possível na esfera de ação do Poder naturalmente competente para realização daquela política pública (LIBERATI, 2013, p. 170).

É fato que, como direito fundamental, a saúde tem sua efetivação obrigatória na República Federativa do Brasil, sob pena de não realização e falência institucional do próprio Estado brasileiro. Em contrapartida, no âmbito da Constituição de 1988, tal direito necessariamente se relaciona e se harmoniza com princípios estruturantes do ordenamento jurídico nacional e normas de igual fundamentalidade, como é o caso dos princípios da razoabilidade¹⁴⁶, da proporcionalidade¹⁴⁷ e da isonomia¹⁴⁸, e dos direitos à igualdade, à dignidade e à liberdade. Assim, a decisão judicial em processos de saúde, para que seja constitucionalmente adequada, perpassa não só pelo direito à saúde em si, mas também pela necessidade de que seja razoável, considerando todos os interesses, todas as obrigações, as ciências e os direitos envolvidos, sendo proporcional à lesão ou à ameaça apresentada pela parte (SARLET, 2013a, p. 544; 2013b, 1935).

Nesse sentido, o Judiciário não pode, por exemplo, diante de um pedido de provimento do direito à saúde apresentado pelo cidadão, decidir com base na amplitude e

¹⁴⁶ O princípio da razoabilidade, como a designação já induz, estabelece que as escolhas e as ações do Poder Público, na aplicação da lei ou na realização de atos concretos, devem ser razoáveis, isto é, guardem compatibilidade entre o comportamento adotado e o interesse público a ser satisfeito no caso concreto.

¹⁴⁷ O princípio da proporcionalidade, considerado, por parte da doutrina, como um dos aspectos do princípio da razoabilidade (DI PIETRO, 2012, p. 81), estabelece que deve haver equilíbrio nas ações públicas, de modo a contemplarem os diversos institutos legais envolvidos, conforme a proporção com que se manifestem em cada caso.

¹⁴⁸ O princípio da isonomia significa que o Poder Público, no exercício de suas funções constitucionais (executiva, legislativa e judiciária), deve conferir tratamento igual aos administrados.

subjetividade comuns ao conceito de saúde, sem considerar as demais variáveis de ordem jurídica, administrativa e social relacionadas com a matéria, determinando ao Estado, por exemplo, que efetive o direito do cidadão com medidas relacionadas à moradia, à educação, ao trabalho com remuneração digna e outras nuances integrantes do conceito estendido de saúde. A atuação judicial deve prover exatamente aquilo que o cidadão necessita para salvaguardar suas condições ideais de saúde e dignidade, nem mais nem menos, e isso não significa restrição ou negativa a tal direito, o qual se personifica no âmbito constitucional pela efetividade de seu comando, em harmonia com as demais regras e diretrizes estruturantes do Estado brasileiro (SOUZA NETO, 2011, p. 232-233).

A partir disso, o limite de atuação do Poder Judiciário na provisão do direito fundamental à saúde é a própria ambientação constitucional de tal direito. Não estamos falando com isso que deve prevalecer a teoria da reserva do possível¹⁴⁹, autorizando o Estado a realizar, em prol da saúde do cidadão, apenas aquilo que lhe seja possível financeira e administrativamente; pelo contrário, o que estamos apresentando é que o Estado deve prover aquilo de que o cidadão precisa para manter

¹⁴⁹ Embora extenso, é oportuno transcrever trecho de recomendação ao Conselho Nacional de Justiça sobre os magistrados brasileiros acerca da teoria da reserva do possível e sua utilização pelo Estado: “Não ser refém do argumento econômico de restrição: os ideais e estratégias de governo encontram-se predominantemente ligados aos problemas e desafios que surgem no curso do mandato. Neste contexto de contingência dos programas e da necessidade de estabelecer prioridades de ação no âmbito do governo, é comum que o Estado condicione sua efetivação aos limites financeiros fáticos e à escassez de recursos. O direito, portanto, passa não mais a ser visto de forma absoluta, podendo ser relativizado sob o argumento da insuficiência de recursos. Tanto em tribunais quanto no próprio âmbito dos juristas, o debate acerca da relação entre direitos e custos econômicos tem crescido e, inclusive, tem sido objeto de defesa do Estado em diversas ações judiciais. Observa-se que os diversos profissionais do direito, estudantes, professores e doutrinadores tendem a ‘se apaixonar’ por este argumento e a reproduzirem de maneira ingênua e superficial o que eles significam em seu cotidiano. Outro equívoco das discussões sobre argumentos econômicos restritivos é seu efeito perverso: a ‘luta entre cidadãos’. Abandona-se a ideia de cidadania e de sujeito de direitos para colocar um cidadão contra o outro de maneira fortemente egoística. A ‘luta entre cidadãos’ afasta o verdadeiro foco: o dever do Estado de efetivar direitos e promover políticas públicas ao máximo. Outro equívoco refere-se à inexistência de ônus da prova de quem utiliza o argumento da reserva do possível. Ao ser reproduzida como um dogma, isto é, como um ponto de partida inquestionável, desaparece o dever do Estado de provar que realmente não possui recursos financeiros para determinada política. De fato, este argumento econômico de restrição de direitos tem sido amplamente utilizado com forte dose de senso comum e sem versar de maneira cuidadosa sobre seus efeitos. Ele tem sido equivocadamente propagado para causar um cenário de desobrigação do Estado sem qualquer dado concreto sobre a escassez de recursos ou sobre como são alocados. De modo algum se pretende negar a existência de municípios ou estados com sérios problemas de recursos financeiros, principalmente quando se trata de direitos sociais, mas isso deve ser visto e apreciado com bastante seriedade e cautela pelas instituições jurídicas” (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 132-133, grifos dos autores).

e usufruir a vida com saúde e dignidade (princípio do mínimo existencial¹⁵⁰), contudo não está obrigado a fornecer aquilo que ultrapasse essa necessidade real (ainda que possa fazê-lo voluntariamente).

Nesse contexto, encontra também guarita o entendimento de que o Poder Judiciário deve priorizar as opções técnicas disponibilizadas pelo administrador ou pelo legislador, em detrimento da solicitação da parte. Isso significa que, se o Estado brasileiro oferece um procedimento médico para determinada patologia ou um medicamento que comprovadamente atendam às necessidades do paciente, não há, em regra, como o Judiciário determinar que arque com outros de custo superior, prescritos pelo médico particular do demandante. O entendimento é de que, a princípio, a Administração Pública disponha de meios mais apropriados do que o Judiciário para as análises técnicas pertinentes. Desse modo, se há duas soluções adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar por aquela que demande menos gasto de recursos públicos (SOUZA NETO, p. 247-248).

As dificuldades financeiras dos entes federativos são reais e cada vez mais intensas, assim como é indiscutível a impossibilidade governamental de prover o todo de tudo ao cidadão, bem como os exageros e os desacertos comumente verificados nas decisões judiciais relacionadas com a judicialização dos direitos sociais, em que se inclui a saúde. Isso tem personificado a metáfora do “cobertor curto”: quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés. Como não há capacidade administrativa de prover a integralidade dos direitos reclamados, ocorre em alguns momentos que, para cumprir decisões judiciais, o governo deixa de atender a outras demandas, às vezes mais antigas e com maior urgência, ou posterga ou concede parcial atendimento a elas; é o caso das rotineiras demandas de fornecimento de medicamento ou realização de cirurgia em favor de paciente não cadastrado no SUS, mas beneficiário de ordem

¹⁵⁰ Objetivando apresentar pensamento ao menos em parte divergente, oportuno lançar mão, mais uma vez, das reflexões prefaciais do ex-Ministro do STF Teori Zavascki que, ressaltando posicionamento diverso da jurisprudência majoritária, a qual “[...] caminha no sentido de assegurar, às pessoas que demonstram tal necessidade, o direito praticamente absoluto de obter do Estado a satisfação de prestações de saúde [...]”, afirmou: “Considera-se mínimo existencial, para esse efeito, o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente, qualquer que seja o conteúdo da política a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário. É o que decorre também dos princípios democráticos, da isonomia e da reserva do possível: não há dever do Estado de atender uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação (ZAVASCKI, 2015, p. 11-12).

judicial, em detrimento de outro regularmente cadastrado que aguardava na fila de espera; ou ainda da retirada de paciente com maior gravidade do leito de UTI para disponibilidade da vaga a outro enfermo, com vistas a dar cumprimento à decisão do Poder Judiciário (SOUZA NETO, 2011, p. 234).

A solução de tal conflito não pode estar na defesa da não realização de um direito fundamental por inexistência de recursos financeiros ou de capacidade administrativa para tanto, até porque isso deixaria as regras estruturantes do Estado e os direitos dos seus cidadãos à mercê da má gestão e da criminalidade de agentes públicos na condução da máquina administrativa. Para nós, a solução está na observância da integralidade do ordenamento constitucional¹⁵¹, de modo que a efetivação dos direitos estabelecidos no seu texto se harmonize com suas outras regras e diretrizes¹⁵². A incapacidade administrativa não pode servir como justificativa para não realização de direitos fundamentais e a ausência de atuação do Estado na realização desses direitos também não serve de explicação para a atuação judiciária desmedida, fora das balizas de sua legitimação constitucional e muitas vezes fundamentada em convicções ideológicas pessoais e até em preferências políticas do magistrado¹⁵³.

A judicialização das políticas sociais tem significado um incontestável avanço na efetivação da Constituição Federal. O Judiciário brasileiro tem impedido que o destino de outros textos constitucionais brasileiros, condenados a exercer função simbólica, se repetisse com a Constituição de 1988. No entanto, alguns excessos vêm sendo praticados, em prejuízo, muitas vezes, das finalidades sociais que a própria Constituição prescreve. A racionalização

¹⁵¹ “Por isso, permite-se um ativismo judicial moderado, cujos limites devem ser procurados na própria Constituição. O Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria *sub judice*, há a possibilidade de um outro órgão ou entidade, ou até mesmo, outro poder, ter melhores condições para decidir, respeitando os procedimentos e as conclusões técnicas e especializadas sobre referida matéria. Por ser um poder técnico, ao contrário do Legislativo e do Executivo, o Judiciário não detém conhecimento suficiente para estipular políticas públicas, além de não ter essa função institucional” (LIBERATI, 2013, p. 174).

¹⁵² Corroborando nosso entendimento, vale destacar que, no Direito brasileiro, vigora o princípio da harmonização: “Este princípio é decorrência lógica do princípio da unidade da Constituição, exigindo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possam coexistir harmoniosamente, sem predomínio, em abstrato de uns sobre os outros. O princípio da harmonização (ou da concordância prática) impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos — quando se verifique conflito ou concorrência entre eles —, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Fundamenta-se na ideia de igualdade de valor dos bens constitucionais (ausência de hierarquia entre dispositivos constitucionais) que, no caso de conflito ou concorrência, impede, como solução, a aniquilação de uns pela aplicação de outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses dispositivos” (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 72-73).

¹⁵³ Até pela relação inversa com a judicialização da política, as situações de atuação do Poder Judiciário fora das balizas legais de sua legitimação e em afronta às competências próprias dos demais Poderes do Estado têm sido denominadas pela doutrina como “politização da justiça” (FARIAS, 2017, p. 82-83).

da atuação judiciária é o meio adequado para que esse papel continue a ser exercido, no sentido do progresso social, mas sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária (SOUZA NETO, 2011, p. 252).

Na abordagem desse debate complexo, especialmente por seu caráter subjetivo de enquadramento, ainda que suas balizas estejam postas de modo objetivo no próprio texto constitucional, é necessário mantermos nossos olhos na ciência da História, como pilar central do nosso trabalho. Nesse sentido, é importante dizer que a relação delicada entre os Poderes Executivo e Judiciário, no âmbito da judicialização da saúde, não é novidade no Brasil, sendo possível identificar outros momentos de tensão na história do país em relação ao tema, obviamente sob as circunstâncias temporais, sociais, políticas e culturais de sua ocorrência.

Exemplo disso, no ano de 1904, o governo brasileiro, sob o comando do presidente Rodrigues Alves, durante grave epidemia de febre amarela ocorrida especialmente no Rio de Janeiro, ao estabelecer política de prevenção e contenção da doença que está entre as de maior repercussão na história da saúde pública no Brasil, abordou, em legislação que disciplinava a política sanitária para o momento, mais precisamente o Decreto nº 5.156, de 8 de março de 1904, a questão da judicialização da saúde, embora na época o tema não recebesse essa designação (BRASIL, 1904).

Na referida legislação, o Governo brasileiro abordou diretamente a atuação do Poder Judiciário na política de saúde nacional executada naquele momento, fixando dispositivos que lhe permitiam invadir, vistoriar e demolir imóveis que colocassem em risco a saúde pública; criando uma justiça especializada para os processos de saúde (Juízo dos Feitos da Saúde Pública/“Justiça Sanitária”); proibindo o Poder Judiciário de proferir decisões contrárias às ações sanitárias executadas pelo governo. Vejamos especialmente os art. 279 a 288, da Parte V, intitulada “Da Justiça Sanitária”, do aludido Decreto de 1904:

PARTE V DA JUSTIÇA SANITARIA

Art. 279. E' instituido no Districto Federal o Juizo dos Feitos da saude publica, composto de um juiz, um procurador, um sub-procurador, um escrivão e officiaes de justiça sanitaria.

Art. 280. E' da competencia do Juizo dos Feitos da saude publica conhecer de todas as acções e processos civis e criminaes em materia de hygiene e salubridade publica, concernentes á execução das leis e dos regulamentos sanitarios, attinentes á observancia e effectividade dos mandados e ordens das autoridades sanitarias ou relativos aos actos de officio destas.

Art. 281. O Juizo dos Feitos da saude publica tem jurisdicção privativa em primeira instancia para o processo e julgamento das causas que teem por objecto:

- I) Despejo, demolição, interdicção, desapropriação, obras de predio ou qualquer propriedade;
- II) Cobrança de multas ou taxas sanitarias;
- III) Julgamento dos crimes e contravenções de hygiene e salubridade publicas;
- IV) Qualquer acção em que a saude publica possa ser interessada.

Art. 282. O juiz, o procurador e o sub-procurador serão nomeados pelo Presidente da Republica; o escrivão e os officiaes pelo juiz. Será escolhido o juiz dentre os bachareis em direito, com quatro annos, no minimo, de pratica forense, e o procurador com dous annos.

Art. 283. O juiz servirá por quatro annos, podendo ser reconduzido por quatriennios. Os demais funcçionarios serão demissiveis ad nutum.

Art. 284. Os vencimentos dos funcçionarios do Juizo dos Feitos da saude publica são os constantes da tabella annexa sob n. 1. Todos perceberão custas, de accôrdo com o regulamento vigente para a Justiça Local do Distrito Federal.

Art. 285. Ao procurador dos feitos da saude publica compete promover o andamento de todas as causas que interessarem á saude publica e officiar em todas as questões administrativas, como consultor juridico, devendo ser sempre ouvido em todos os termos dos processos judiciais.

Art. 286. O juiz terá tres supplentes, formados em direito, de nomeação do Ministro da Justiça.

Art. 287. Ao sub-procurador compete auxiliar o procurador nos casos por este designados e substituil-o.

Parapho unico. No impedimento do sub-procurador o juiz nomeará o seu substituto, por prazo maximo de oito dias; si, porém, o impedimento exceder desse prazo, a nomeação será feita pelo Ministro da Justiça.

Art. 288. Não podem a Justiça sanitaria, nem as autoridades judiciais, quer federaes, quer locaes, conceder interdicto possessorio contra os actos da autoridade sanitaria exercidos ratione imperii, nem modificar ou revogar os actos administrativos ou medidas de hygiene e salubridade por ella determinadas nesta mesma qualidade.

Fica salvo á pessoa lesada o direito de reclamar judicialmente, perante a Justiça federal, as perdas e danos que lhe couberem, si o acto ou medida da autoridade sanitaria tiver sido illegal, e promover a punição penal, si houver sido criminosa.

Em caso de desapropriação, esta se fará segundo a Constituição federal e as leis respectivas [sic] (BRASIL, 1904).

Analizando esse momento histórico da relação entre os Poderes Executivo e Judiciário em torno do direito da saúde, Sevcenko (2010, p. 38) faz o seguinte relato:

[...]. Ato contínuo, Rodrigues Alves acata o requisito autoritário do cientista e o nomeia diretor geral da Saúde Pública, com plenos poderes amparados pelo domínio federal. Atribuição igualmente equívoca, refugada pela desfeita popular sob o epíteto bizarro de “ditadura sanitária”. Encarregando-se primeiramente da erradicação da febre amarela, o governo se utiliza de sua maioria para obter a aprovação da lei de março de 1904. Esse instrumento lhe permite invadir, vistoriar, fiscalizar e demolir casas e construções. Estabelece, ainda, um foro próprio, dotado de um juiz especialmente nomeado para dirimir as questões e dobrar as resistências. Ficam vedados os recursos à justiça comum [...] (grifo do autor).

Pela simples transcrição do texto legal e da análise doutrinária apresentadas, é possível perceber a variação da atuação do Poder Judiciário nos processos relacionados com a saúde nos momentos históricos abordados por nossa pesquisa. Na “judicialização” de 1904, o Judiciário, sem autonomia institucional, se apresentou como instrumento do Poder Executivo para realização de sua política pública de saúde, servindo como órgão estatal de garantia da execução das ações sanitárias desejadas pelo governo, não se opondo a ele ainda que para defesa do direito à saúde, eventualmente invocado por um cidadão; aliás, estava legalmente impedido de assim agir. Já na judicialização da história moderna, o destaque está na autonomia do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes e na mudança do eixo principal da atuação judicante, uma vez que o ponto de referência deixou de ser a vontade governamental sobre a saúde pública e passou a ser a necessidade de saúde do cidadão.

Não obstante o contraponto histórico, é preciso destacar que, na atualidade, a judicialização da saúde, isto é, a saúde provida pelo Poder Judiciário, tem ocorrido de maneira contínua, crescente e desafiadora, já que, a cada ano, verifica-se o aumento significativo no número de processos judiciais sobre a matéria. Isso acentua o deslocamento da realização de tal política pública, ainda que de maneira paralela, para um Poder não vocacionado para tanto, o que traz repercussões de toda ordem, positivas e negativas, sobre o próprio Judiciário, sobre o Executivo e sobre a

sociedade em geral, especialmente porque altera de modo não natural a forma de realização do Governo¹⁵⁴.

É importante destacar que o Poder Judiciário brasileiro não tem fugido à responsabilidade constitucional de apreciação dos pleitos de saúde que lhe são apresentados pelos cidadãos e, muito menos, do protagonismo institucional ou da alçada de governo, ainda que indevidamente, que a situação tem lhe trazido. Isso fica claro, por exemplo, no seguinte trecho sobre a matéria:

[...]. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política de saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 9).

Nesse contexto, para melhor dimensionarmos a problemática que estamos analisando e suas repercussões, vale trazer alguns números da judicialização da saúde no Brasil na atualidade, extraídos dos registros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nas edições de 2016 e 2017 da revista *Justiça em Números* (BRASIL, 2016b, 2017a):

¹⁵⁴ “A necessidade de concretização dos direitos fundamentais sociais como promessas da (pós) modernidade, a crise do estado-legislador e a crise do Estado-administrador, o excesso de burocratismo são alguns dos fatores que ensejaram a ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro nos últimos vinte anos” (SHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 29).

Tabela 2 – Crescimento do número de processos por assunto no governo federal

| Tipos de processos | Quantitativo Ano- base 2015 | Quantitativo Ano-base 2016 | Aumento (%) |
|--|--|---|------------------------|
| Controle social e Conselhos de saúde | 1.468 | 2.008 | 37% |
| Doação e transplante órgãos/tecidos | 491 | 597 | 22% |
| Fornecimento de medicamentos | 200.090 | 312.147 | 56% |
| Hospitais e outras unidades de saúde | 5.642 | 8.774 | 56% |
| Saúde mental | 3.001 | 4.612 | 54% |
| Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos | 151.856 | 214.947 | 42% |
| Tratamento médico-hospitalar | 60.696 | 98.579 | 62% |
| TOTAL | 423.244 | 641.664 | 51,60% |

Fonte: Justiça em números (2016, 2017). Nota: Elaboração do autor (2018).

Importante notar, a partir da Tabela 2, que o crescimento verificado nos processos judiciais pertinentes ao Direito da saúde, além de revelar a ampliação do quantitativo de ações em si, chama atenção também pela linearidade de sua ocorrência, isto é, o crescimento da judicialização nos diversos nichos desse Direito, o que para nós sinaliza o desenvolvimento de uma boa compreensão da amplitude de tal garantia constitucional pelo cidadão brasileiro, nessas primeiras décadas da saúde como direito fundamental no Brasil.

Tomando por base os números da judicialização da saúde relacionados com a União, em parte do período delineado para nossa pesquisa, é possível extrair de estudo realizado pela Advocacia Geral da União (AGU) sobre a matéria, no ano de 2013, e de reportagem especial publicada pelo jornal *A Gazeta*, em 7 de janeiro de 2018, dados impactantes relacionados com a ampliação do número de processos judiciais sobre o direito à saúde e sua repercussão financeira para a Administração Pública

federal. Com as informações obtidas, organizamos as duas tabelas seguintes, sendo a Tabela 3 sobre o número de novos processos acerca da matéria anualmente, entre 2009 e 2012, e a Tabela 4 sobre a ampliação dos gastos do Governo federal com a judicialização da saúde entre os anos de 2011 e 2017:

Tabela 3 – Crescimento do número de processos judiciais no governo federal

| Ano | Quantidade de processos novos |
|------------------------|--------------------------------------|
| 2009 | 10.486 |
| 2010 | 11.203 |
| 2011 | 12.811 |
| 2012 | 13.051 |
| Crescimento (%) | 24,47% |

Fonte: Advocacia Geral da União (2013).

Nota: Elaboração do autor (2018).

Tabela 4 – Gastos da União com a judicialização da saúde

| Ano | Valor em R\$ |
|--------------------|---------------------|
| 2011 | 230,5 milhões |
| 2012 | 367, 8 milhões |
| 2013 | 549,1 milhões |
| 2014 | 839,7 milhões |
| 2015 | 1,1 bilhão |
| 2016 | 1,3 bilhão |
| 2017 (até outubro) | 751,0 milhões |

Fonte: A Gazeta (2018).

Nota: Elaboração do autor (2018).

Analisando conjuntamente as Tabelas 3 e 4, é possível confirmar a força dos impactos da judicialização da saúde sobre a organização administrativa e financeira da Administração Pública, no caso específico, a federal. A primeira observação que se faz, considerando o trabalho desenvolvido pela AGU, é que, ao analisar os números mencionados, não podemos deixar de considerar que a repercussão financeira referente ao aumento dos processos judiciais não se verifica exclusivamente na compra de medicamentos, materiais hospitalares, serviços médicos etc., mas também na consequente necessidade de ampliação e estruturação do órgão jurídico da Administração, responsável por sua representação e defesa em cada processo, e na

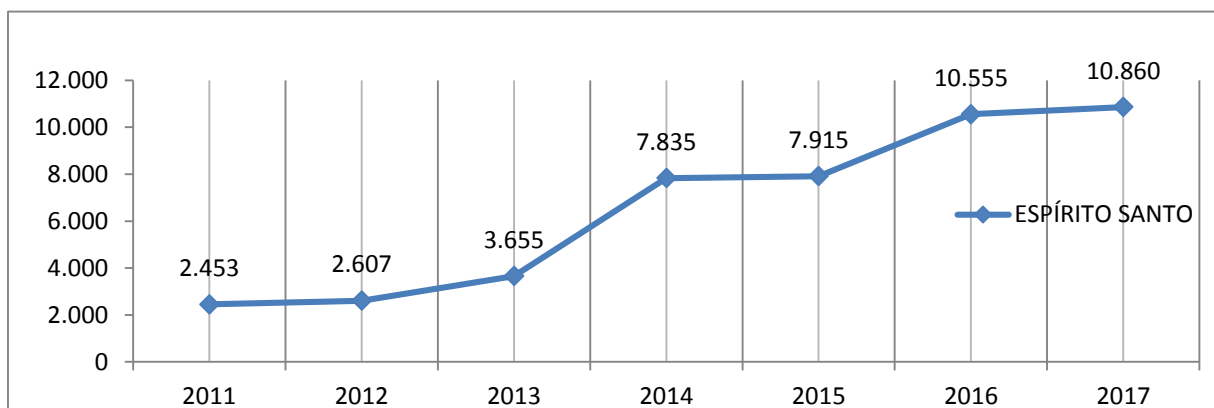
indissociável majoração dos valores a serem pagos a título de despesas processuais, entre outros.

Outro ponto a ser destacado é o vultoso crescimento da despesa pública para atender as decisões judiciais. Tomando por base inicialmente os anos em que as Tabelas 3 e 4 se comunicam, ou seja, 2011 e 2012, verifica-se que, para um crescimento de 240 processos, houve uma ampliação do gasto público em R\$ 137,3 de milhões de reais. Embora o número de processos novos e o gasto de recursos financeiros não tenham necessariamente correspondência dentro de um mesmo ano (nos gastos de um determinado ano pode haver despesas relacionadas com decisões proferidas em processos originados em anos anteriores), a correlação que se faz é importante para facilitar a visualização da dificuldade de gestão que têm vivenciado os Poderes Executivos dos diversos entes da federação, diante do crescimento acentuado e imprevisível da judicialização da saúde ano a ano, especialmente considerando que os governos trabalham com orçamento rígido e limitado, confeccionado com base nas estimativas de despesas e receitas apuradas no ano anterior.

Passando aos números da judicialização da saúde no Estado do Espírito Santo¹⁵⁵, confirma-se que a propagação do fenômeno em solo espírito-santense, assim como sabidamente tem ocorrido nos demais Estados brasileiros, repete a intensidade e a repercussão que verificamos em âmbito nacional. Senão, vejamos pelos Gráficos seguintes, também organizados a partir de informações publicadas pelo jornal *A Gazeta* (A JUSTIÇA..., 2018, p. 22-25), sendo o Gráfico 1 sobre o total de processos contra o Governo do Estado do Espírito Santo e o Gráfico 2 sobre os gastos do Governo capixaba com a judicialização da saúde:

¹⁵⁵ Segundo informação da Secretaria Estadual de Saúde, o Estado do Espírito Santo recebe, em média, 42 (quarenta e duas) decisões judiciais, por dia útil, com determinação para que se realizem providências como transferência de pacientes de Pronto Atendimentos (PAs) para Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), fornecimento de remédios e realização de cirurgias, entre outras, em favor de pacientes que ingressaram com ação judicial (A JUSTIÇA..., 2018, p 22).

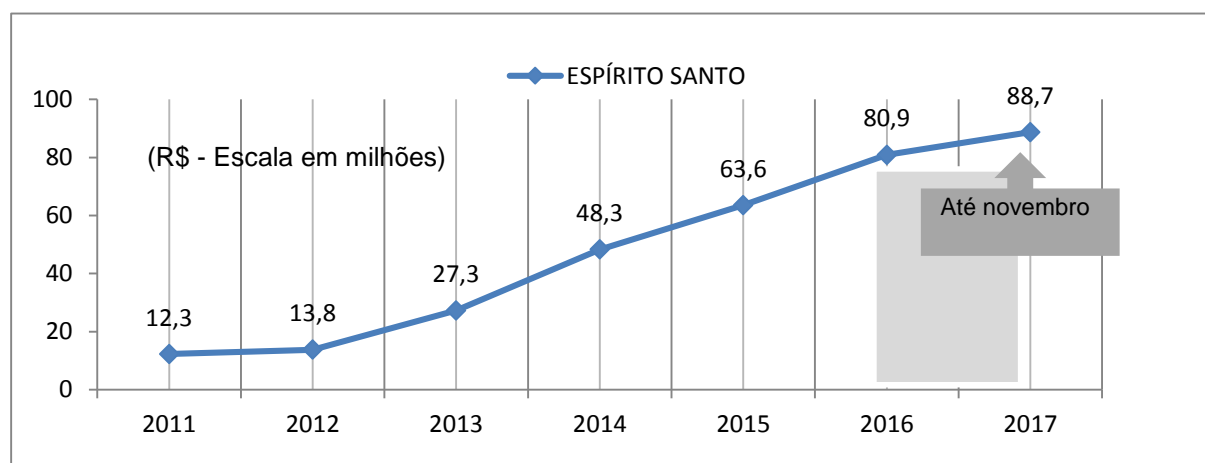
Gráfico 1 – Número de processos relacionados com o direito da saúde, movidos contra o Estado do Espírito Santo



Fonte: A Gazeta (2018).

Nota: Elaboração do autor (2018).

Gráfico 2 – Gastos do governo do Estado do Espírito Santo com a judicialização da saúde



Fonte: A Gazeta (2018).

Nota: Elaboração do autor (2018).

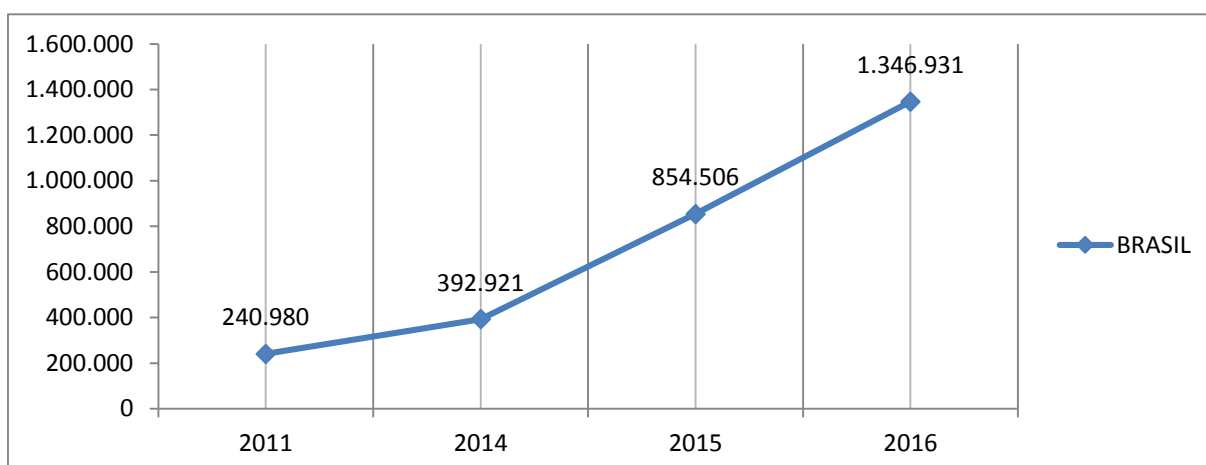
Ao analisarmos comparativamente os Gráficos 1 e 2, chama atenção, além do exorbitante crescimento do número de ações judiciais e do gasto público relacionado com o Direito da saúde no Estado do Espírito Santo, entre os anos de 2011 e 2017, o fato de ter havido certa estagnação da quantidade de processos entre 2011/2012 e 2014/2015 (com pequena superioridade dos último anos de cada período), porém sem que essa manutenção do número de ações tenha significado o congelamento das despesas em tais períodos.

Em 2011/2012, houve um crescimento de 153 processos e o gasto público aumentou R\$ 1,5 milhão de reais, já em 2014/2015 houve um aumento de apenas 80 e a

despesa pública com decisões judiciais sobre o direito da saúde cresceu R\$ 15,3 milhões. Isso ocorre porque, como já apresentamos quando se analisaram as Tabelas 3 e 4, o número de processos novos e os gastos de recursos financeiros não guardam necessariamente correspondência dentro de um mesmo ano, já que, dentre os gastos de tal período, pode haver despesas pertinentes a decisões proferidas em processos originados em anos anteriores ou porque, embora no número de processos não tenha havido crescimento expressivo, as decisões judiciais neles expedidas se referem a providências mais custosas.

Ainda no contexto dos números, também é importante apresentar o vertiginoso crescimento anual dos processos judiciais relacionados ao Direito da saúde em todo o país, o que passamos a fazer através do Gráfico 3, considerando as demandas de saúde de qualquer natureza, inclusive na área privada:

Gráfico 3 – Total de processos judiciais relacionados à judicialização da saúde no Brasil



Fonte: A Gazeta (2018).

Nota: Elaboração do autor (2018).

Sobre o Gráfico 3, além da confirmação da expressividade da judicialização da saúde em âmbito nacional (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) que ele proporciona, vale destacar o acentuamento da curva de crescimento do número de processos a partir de 2014. Enquanto de 2011 até 2014 houve um aumento de 63,05%, de 2014 a 2015 o crescimento foi de 117,47% e de 2015 a 2016 atingiu 57,52%. Considerando todo o período, o aumento do número de processos judiciais concernentes ao direito da saúde no Brasil cresceu 558,93%.

Ao se observar as informações apresentadas nas Tabelas 3 e 4, bem como nos Gráficos 1, 2 e 3, constata-se que houve considerável elevação¹⁵⁶ dos números da judicialização da saúde sob os mais diversos aspectos¹⁵⁷ e essa ampliação, crescente ano a ano, em proporções superiores às expectativas, tem provocado sério desequilíbrio administrativo, financeiro, institucional e social sobre os agentes e entidades que, de algum modo, se relacionam com a tratativa do tema.

Fora os números, também ajuda a dimensionar a gravidade da situação a declaração do então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, em plenária do Conselho Regional de Medicina (CREMESP), ocorrida em 4 de abril de 2005¹⁵⁸, nos seguintes termos:

Fazemos mensalmente uma reunião com os secretários municipais de Saúde e, às vezes, há algum que não pode comparecer porque está com mandado de prisão porque não entregou a insulina glargina. Essa insulina parece que é a maior invenção da humanidade agora, porque todo mundo precisa tomá-la e ela custa muito mais caro que a comum. E a justiça, cada dia mais, dá ganho de causa aos pais que querem que os filhos tomem essa insulina. E assim muitos colegas secretários estaduais ou municipais têm que fugir do oficial de justiça porque se não vão para a cadeia. Vejam a que ponto chegamos! Vamos gerenciar o sistema de saúde ou fugir da polícia? (SOUZA NETO, 2011, p. 234).

Não se pode deixar de dizer que, apesar de assumir o protagonismo da política de saúde brasileira na atualidade em razão da judicialização da matéria, o Poder Judiciário também enfrenta diversas dificuldades advindas desse fenômeno, especialmente por não ser atributo da sua natureza institucional o planejamento e a execução de políticas públicas, como a saúde. São variados os efeitos colaterais experimentados pelo Judiciário brasileiro nesse sentido, tais como o excessivo

¹⁵⁶ Em âmbito nacional o número de processos judiciais atinentes ao Direito da saúde cresceu mais de cinco vezes entre 2011 e 2016, enquanto no Estado do Espírito Santo o número de processos da judicialização da saúde cresceu mais de quatro vezes entre 2011 e 2017, sem considerar as ações movidas no Estado contra Municípios e União (A JUSTIÇA..., 2018, p 23).

¹⁵⁷ Em 2017, Municípios, Estados e União gastaram R\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de reais) com despesas determinadas por decisões judiciais (A JUSTIÇA..., 2018, p 23).

¹⁵⁸ Fato real que corrobora a narrativa do Secretário de Estadual de Saúde de São Paulo aconteceu no Estado do Espírito Santo no ano de 2007, quando o Secretário Estadual de Saúde foi preso por suposto descumprimento de ordem judicial para fornecimento de medicamento. O Judiciário havia determinado que o Estado do Espírito Santo fornecesse, no prazo de três dias, um medicamento para tratar o tumor cerebral de uma criança, sendo que a dose do remédio era estimada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O Secretário Estadual de Saúde, então, encaminhou à Justiça um comunicado do laboratório pedindo prazo maior para entregar o remédio. O Judiciário não aceitou e o Secretário foi preso, sendo liberado somente cerca de oito horas depois porque um hospital particular cedeu duas ampolas do medicamento ao paciente, até que o Estado adquirisse o remédio (A JUSTIÇA..., 2018, p 18).

número de processos sobre o tema, que acabam por sobrecarregar, de modo geral, as atividades judiciais; a natural dificuldade de compreensão das informações de ordem médico-científicas por magistrados, serventuários da justiça, membros do Ministério Público e advogados; os consequentes entraves para produção de decisões dotadas de segurança para a saúde do paciente e de equilíbrio administrativo.

Apesar das dificuldades próprias do Poder Judiciário para o provimento do Direito da saúde, a tendência é que a judicialização da matéria prossiga de forma contínua e crescente. Isso porque, há muito, a sociedade brasileira não tem sido atendida de maneira satisfatória (ou pelo menos se sente assim) por aquele legitimado, em primeiro plano, para realização da política de saúde, ou seja, o governo. São cenas comuns no Brasil hospitais lotados; falta de medicamentos, de leitos e de profissionais para o atendimento nas unidades de saúde; morte de pacientes à espera de tratamentos médicos; epidemias de doenças pela falta de ações preventivas, entre outros aspectos negativos da ausência de uma política pública de saúde eficiente.

Quando o Judiciário se apresenta como uma alternativa para o atendimento da população, ainda que a solução dada nem sempre seja a mais adequada do ponto de vista médico, jurídico ou administrativo, não há dúvida de que a tendência seja o aumento da procura por essa via, tanto pela desesperança cada vez mais latente no brasileiro em relação às políticas de governo, como, em sentido contrário, pela esperança do mesmo povo em encontrar uma via mais eficaz para atendimento de seus pleitos. No entanto, o aumento contínuo da demanda por saúde nas portas do Judiciário e as limitações naturais desse Poder para prover tal direito/política trazem consigo o risco de que, também por essa via, não seja conferido ao cidadão brasileiro seu direito fundamental à saúde e, logo, sua própria cidadania.

O elevado número de processos e a consequente dilatação do tempo para sua resolução, somados aos obstáculos quase que naturais da excessiva burocracia estabelecida para o acesso da população à justiça, como o pagamento de custas, emolumentos e taxas em virtude da tramitação processual, a existência de ampla possibilidade recursal em face das decisões e julgamentos, a utilização de uma linguagem técnica específica e pouco acessível nas manifestações de magistrados e demais operadores do direito etc. são exemplos das dificuldades enfrentadas pelo cidadão na busca pela efetivação do seu direito à saúde por meio do Poder Judiciário.

José Murilo de Carvalho faz a seguinte reflexão sobre o contexto de acessibilidade e resolutividade com que depara o cidadão brasileiro ao depender da atuação do Poder Judiciário:

O Judiciário também não cumpre seu papel. O acesso à justiça é limitado a pequena parcela da população. A maioria ou desconhece seus direitos, ou, se os conhece, não tem condições de os fazer valer. Os poucos que dão queixa à polícia têm que enfrentar depois os custos e a demora do processo judicial. Os custos dos serviços de um bom advogado estão além da capacidade da grande maioria da população. Apesar de ser dever constitucional do Estado prestar assistência jurídica gratuita aos pobres, os defensores públicos são em número insuficiente para atender à demanda. Uma vez instaurado o processo, há o problema da demora. Os tribunais estão sempre sobrecarregados de processos, tanto nas varas cíveis como nas criminais. Uma causa leva anos para ser decidida. O único setor do Judiciário que funciona um pouco melhor é o da justiça do trabalho. No entanto, essa justiça só funciona para os trabalhadores do mercado formal, possuidores de carteira de trabalho. Os outros, que são cada vez mais numerosos, ficam excluídos. Entende-se, então, a descrença da população na justiça e o sentimento de que ela funciona apenas para os ricos, ou antes, de que ela não funciona, pois os ricos não são punidos e os pobres não são protegidos (CARVALHO, 2017, p. 216).

De todo modo, o Judiciário brasileiro tem buscado se aperfeiçoar e criar mecanismos para lidar com os processos referentes ao Direito da saúde, tanto no que tange à tramitação e à resolução mais rápidas das demandas, quanto no que diz respeito à prolação de decisões juridicamente adequadas e em harmonia com as demais nuances do ordenamento constitucional brasileiro. Prova disso é que o Conselho Nacional de Justiça¹⁵⁹ tem estabelecido diversos regramentos e diretrizes nesse

¹⁵⁹ Segundo estabelecido na Constituição brasileira de 1988, em linhas gerais o Conselho Nacional de Justiça, identificado pela sigla CNJ, é o órgão do Poder Judiciário responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: “I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem

sentido, a serem observados pelo Poder Judiciário em todo o país. Um exemplo é a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do CNJ que, diante do alarmante número de processos sobre direito da saúde, objetivando conferir maior eficiência e segurança na atuação judicante, orientou os Tribunais brasileiros a adotarem medidas que subsidiassem as análises judiciais, tais como a pactuação de convênios que disponibilizam o apoio técnico de profissionais da área, quais sejam médicos e farmacêuticos, para auxiliar os juízes nos momentos de dúvidas de formulação de decisões (BRASIL, 2010a). Além disso, a Recomendação nº 31/2010 indica aos magistrados que:

- procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
- evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
- ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
- incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, além de incorporar o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
- promovam visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON).

do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. A previsão e disciplina geral do CNJ no sistema constitucional brasileiro são fixadas nos artigos 92, I-A, e 103-B da Carta Política de 1988.

No mesmo caminho, também no ano de 2010, o CNJ editou a Resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário (FNJ) para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (BRASIL, 2010b). Entre suas atribuições, o FNJ deve elaborar estudos e propor medidas concretas para o aperfeiçoamento, o reforço e a efetividade dos processos judiciais, além de refletir sobre a prevenção de novos conflitos em matéria de saúde.

No mais, vale trazer ainda como exemplo a Declaração oriunda do I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, realizado entre 18 e 19 de novembro de 2010, que parte do pressuposto de que a atuação do Judiciário é crucial para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito à saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 11-12), e a Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016, que dispõe sobre a criação e manutenção de Comitês Estaduais da Saúde pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais e sobre a especialização de varas para processar e julgar ações relacionadas ao direito à saúde em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública (BRASIL, 2016).

De tudo que vimos, é certo que o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil vai muito além das fronteiras sinalizadas da divisão de competências entre o Judiciário e os demais Poderes da República brasileira. Conforme apresentamos, não há dúvida quanto à legitimidade constitucional do Poder Judiciário para prover o direito fundamental à saúde em favor do cidadão brasileiro que o demanda para tanto. No entanto, essa legitimidade é de segundo plano, pois é preciso que antes tenha havido lesão ou ameaça ao direito por parte daquele que deveria provê-lo de maneira direta, e a atuação do Judiciário deve observar a necessidade de harmonização do direito fundamental da saúde com os demais pilares da República brasileira.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso¹⁶⁰ sintetiza seu raciocínio sobre o tema da seguinte forma:

¹⁶⁰ Embora não tenha repercussão sobre o objeto central do nosso estudo, especialmente por sua fundamentação principal sobre o pilar da ciência da História, o que dispensa um maior aprofundamento de conceitos e teses próprios do Direito, é importante registrar que Luiz Roberto Barroso trabalha com a diferenciação entre judicialização e ativismo judicial: “A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, 2017, p. 19).

O que é inegável, tanto no campo histórico quanto no campo jurídico, é que a saúde, como direito natural/fundamental do cidadão e dever/interesse do Estado, seja no tempo presente, seja no tempo passado, como em 1904, guarda a relação de interação entre as ações dos Poderes Executivo e Legislativo, com a atuação do Poder Judiciário, moldada sempre pelas características culturais, políticas e sociais do tempo de sua ocorrência.

Sintetizando nossa caminhada até aqui: é oportuno o encerramento deste subtítulo com a transcrição de trecho da reflexão do Conselho Nacional de Justiça sobre a matéria, o qual, por tudo que já aprendemos, parece traduzir a realidade atualmente vivenciada, tanto pelos Poderes Executivo e Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário em relação à judicialização da saúde:

O protagonismo das instituições jurídicas — e, em especial, do Judiciário — não esteve isento de contradições no Brasil, mas isso é um processo compreensível. Independentemente dos diversos desafios relacionados, o fato é que a judicialização da saúde no Brasil tem reconfigurado drasticamente as responsabilidades dos Poderes para o estabelecimento de políticas públicas que atendam aos critérios de universalidade, integralidade e descentralização. Em muitos casos, trata-se de uma verdadeira política judiciária de saúde [...] (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p.137).

interprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, passar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso” (BARROSO, 2017, p. 17).

5.2 APONTAMENTOS GERAIS SOBRE A HISTÓRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

Para investigar a judicialização da saúde no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, é importante, durante o percurso, agregar conhecimento sobre a história, a constituição e o funcionamento institucional do órgão, capacitando-nos para melhor ambientação e entendimento da atuação da Corte de Justiça capixaba nos processos pertinentes ao direito fundamental à saúde.

No sistema constitucional brasileiro, os Tribunais de Justiça Estaduais são órgãos do Poder Judiciário, caracterizando a maior instância judicante no âmbito dos Estados federados, onde funcionam como segundo e último grau de jurisdição. A instituição dos Tribunais Estaduais no Brasil se deu a partir da Constituição de 1891, a qual, adotando o sistema republicano, promoveu a descentralização administrativa do país e conferiu autonomia organizacional aos Estados federados, incluindo-se a estruturação do Poder Judiciário em âmbito regional (GURGEL, 2014, p.17).

Na atualidade, a Constituição de 1988 trata da existência dos Tribunais de Justiça nos seus art. 92, VII, 125 e 126¹⁶¹, sendo que cada um desses Órgãos ainda encontra previsão e disciplina nas Constituições dos seus respectivos Estados. No caso do

¹⁶¹ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: [...] VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. [...] Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. § 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. § 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio (BRASIL, 1988).

Tribunal capixaba, a Constituição do Estado do Espírito Santo estabelece tal normatização nos seus art. 101 a 111, em que são estabelecidas as suas competências e as diretrizes para sua organização e seu funcionamento.

Em âmbito interno, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo organiza sua estrutura e atuação, especialmente por meio da Lei Complementar nº 234, de 18 de abril de 2002 – Código de Organização Judiciária; da Lei Complementar nº 566, de 21 de julho de 2010, que dispõe sobre a reestruturação e modernização da estrutura organizacional administrativa do Tribunal, e do seu Regimento Interno¹⁶².

No plano histórico, é importante destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, com essa roupagem institucional¹⁶³, foi instalado no início do período republicano brasileiro, mais precisamente em 4 de julho de 1891, durante o mandato do então governador do Estado, Antônio Aguirre, por meio do Decreto nº 95 daquele ano. A primeira formação do Tribunal capixaba era composta por cinco desembargadores: Manoel Armindo Cordeiro Guaraná, Carlos Ferreira de Souza Fernandes, Epaminondas Gouveia de Souza, José Camilo Ferreira Coelho e José

¹⁶² O atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo teve sua redação originária editada em 17 de agosto de 1995, sob a gestão do então presidente de Órgão, Desembargador Antônio José Miguel Feu Rosa. Até o momento, o texto original recebeu 49 Emendas.

¹⁶³ Antes disso, a primeira formatação da segunda instância do Poder Judiciário capixaba ocorreu na primeira Carta Constitucional do Espírito Santo, promulgada, a título provisório, pelo então governador interino Constant Gomes Sodré em 1890, a qual institui a “Corte de Justiça do Estado”, composta por cinco ministros. O Ministro da Corte Estadual, naquela época, equivalia ao Desembargador nos dias atuais (GURGEL, 2014, p. 28). A Constituição Estadual de 1890 disciplinava o exercício da magistratura nos seus art. 63 a 82, sendo válida aqui a transcrição dos artigos 63, 67, 70 e 71, pela maior relação com o nosso estudo: “Art. 63 – Como órgão proeminente da ação política do Estado, à magistratura incumbe a missão de restabelecer as relações jurídicas das pessoas naturais ou ideais, que compõem a ordem social pela aplicação da lei que as regular aos casos particulares de litígio em tais relações, e bem assim a de manter a ordem constituída pela repressão física ou moral dos seus violadores. Art. 67 – Para o exercício da sua judicatura, a magistratura do Estado formará duas instâncias, sendo a primeira composta de juízes de direito, tantas quantas forem as comarcas do Estado, e a segunda de uma Corte de justiça com cinco ministros. Haverá lugar à impetração da revisão dos feitos, sendo solicitada quando a sentença definitiva não houver sido unânime; concedida ela pela assembleia geral dos magistrados, a maioria vencedora se constituirá em comissão de julgamento e fará a revista. Art. 70 – Na capital do Estado terá sede a Corte de Justiça, composta de cinco ministros, escolhidos da magistratura de primeira instância, por acesso natural de antiguidade e será presidida pelo que for eleito anualmente por seus pares, o qual ficará sendo o chefe da magistratura. Art. 71 – A esse tribunal compete: conhecer em grau de recurso, nos casos determinados em lei; a concessão de *habeas corpus*; a convocação da magistratura pelo órgão de seus chefes para as funções estatuídas na Constituição; interpretar leis; decidir os conflitos de jurisdição; resolver dúvidas de qualquer autoridade sobre matéria que não for da competência privativa do órgão central do governo e seus subordinados; conhecer dos casos de responsabilidade que a lei deferir-lhe” (SANTOS; GURGEL, 2014, p. 447-450).

Feliciano Horta de Araújo, sendo este o primeiro presidente do Tribunal¹⁶⁴ (SANTOS; GURGEL, 2014, p. 450). Vale a transcrição do resumo histórico apresentado por Antônio de Pádua Gurgel:

Um ano após a Proclamação da República, o governador interino do Estado, comandante Constant Gomes Sodré, outorgou, a título provisório, a primeira Carta Constitucional do Espírito Santo, que instituiu a Corte de Justiça do Estado, com cinco ministros.

Em maio de 1891, o então governador Antônio Gomes Aguirre, por meio do Decreto nº 95, baixou a primeira Organização Judiciária do Estado durante a República, a qual criou o Tribunal de Justiça, cujos integrantes — os desembargadores — eram escolhidos entre juízes de Direito e advogados (GURGEL, 2014, p. 28).

Em novembro de 1891, ocorreu a destituição do governador Antônio Aguirre e o Estado passou a ser administrado por uma Junta Governativa, a qual, em 24 de dezembro do mesmo ano, dissolveu a primeira composição do Tribunal e o reorganizou com novos desembargadores¹⁶⁵, passando a caracterizá-lo como “Corte de Justiça”, em junho de 1892, por meio da Lei nº 7¹⁶⁶ daquele ano (GURGEL, 2014, p. 30). Na sequência da História, vale destacar, resumidamente, que em 10 de novembro de 1893 o Tribunal de Justiça do Espírito Santo aprovou seu primeiro Regimento Interno; em 1913 passou a ser denominado “Tribunal Superior de Justiça”; em 1934, “Corte de Apelação”, e novamente Tribunal de Justiça a partir de 1946 (BRASIL, 2017b; GURGEL, 2014, p. 32).

Inicialmente o Tribunal de Justiça capixaba instalou-se provisoriamente no Palácio Anchieta, passando a funcionar em um prédio localizado na Rua Pedro Palácios, no Centro de Vitória, em 1892. Posteriormente deslocou-se para a Rua Muniz Freire, no mesmo bairro, onde permaneceu por mais de meio século, tendo sido transferido para a Avenida Jerônimo Monteiro, também no Centro da cidade, em 1962. A partir de

¹⁶⁴ De 1891 até o momento o Tribunal de Justiça do Espírito Santo teve 66 (sessenta e seis) presidentes, sendo o primeiro o Desembargador José Feliciano Horta de Araújo e o atual o Desembargador Sérgio Luiz Teixeira Gama (BRASIL, 2017b).

¹⁶⁵ Naquele contexto, os desembargadores nomeados pela Junta Governativa para integrar o Tribunal foram: Afonso Cláudio de Freitas Roza [designado Presidente], Luiz Manoel Mendes Vellozo, Getúlio Augusto de Carvalho Serrano, Estevão José Siqueira e Manuel Gerônimo Gonçalves.

¹⁶⁶ Interessante transcrever a impressão de Antônio de Pádua Gurgel sobre a Lei nº 7, de 1892: “Graças à lei nº 7, o Espírito Santo foi um dos poucos Estados da recém-criada República a dar ao Poder Judiciário a mais completa independência e autonomia. No governo de Muniz Freire (1892-1896), todos os juízes, autoridades e servidores da Justiça eram nomeados, promovidos e removidos pelo Tribunal, conforme determinava o artigo 75 da Constituição Estadual de 2 de maio de 1892” (GURGEL, 2014, p. 30).

1995, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo passou a funcionar na sua sede atual, o Palácio Renato de Mattos, localizado no bairro Enseada do Suá, em Vitória (GURGEL, 2014, p. 32), atendendo assim à regra expressa do artigo 102 da Constituição Estadual¹⁶⁷, que determina que o Tribunal tenha sede na capital do Estado. Ao completar seu centenário, em julho de 1991, compunham o Tribunal quinze desembargadores¹⁶⁸. Atualmente integram o Tribunal de Justiça do Espírito Santo 28 desembargadores¹⁶⁹, sendo sua estrutura de julgamento composta pelos seguintes órgãos: Tribunal Pleno, Mesa Diretora (presidência, vice-presidência, corregedoria geral e vice-corregedoria geral), Conselho da Magistratura e Câmaras¹⁷⁰.

Especificamente no que diz respeito ao Direito da saúde, é importante registrar que o Tribunal de Justiça capixaba dispõe de duas estruturas específicas que atuam diretamente nas situações de judicialização da saúde, fornecendo aparato e conhecimento técnico para subsidiar os magistrados nas decisões a serem proferidas nesse tipo de processo. São elas: o Comitê Executivo Estadual de Saúde e o Núcleo de Assessoramento Técnico ao Poder Judiciário (NAT).

¹⁶⁷ “Art. 102. O Tribunal de Justiça tem sede na Capital do Estado e jurisdição em todo o território estadual” (ESPÍRITO SANTO, 1989).

¹⁶⁸ Compunham o Tribunal capixaba no seu centenário os seguintes Desembargadores: Osly da Silva Ferreira, Sylvio Péllico de Oliveira Neves, Hilton Sily, Victor Hugo Cupertino de Castro, Geraldo Correa Lima, Romulo Salles de Sá, Job Pimentel, José Eduardo Grandi Ribeiro, Arione Vasconcelos Ribeiro, Antonio José Miguel Feu Rosa, Ewerly Grandi Ribeiro, Renato de Mattos, José Cupertino Leite de Almeida, Walter Gustavo Naumann e José de Oliveria Rosa, sendo os três primeiros citados, respectivamente, presidente, vice-presidente e corregedor geral da Justiça (ESPÍRITO SANTO, 1991).

¹⁶⁹ Na atualidade integram o Tribunal de Justiça do Espírito Santo os seguintes desembargadores: Sérgio Luiz Teixeira Gama, Ney Batista Coutinho, Samuel Meira Brasil Júnior, Carlos Simões Fonseca, Adalto Dias Tristão, Manoel Alves Rabelo, Pedro Valls Feu Rosa, Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Annibal de Rezende Lima, Ronaldo Gonçalves de Souza, Fabio Clem de Oliveira, José Paulo Calmon Nogueira da Gama, Namyr Carlos de Souza Filho, Dair José Bregunze de Oliveira, Telêmaco Antunes de Abreu Filho, Willian Silva, Eliana Junqueira Munhós Ferreira, Janete Vargas Simões, Robson Luiz Albanes, Wallace Pandolpho Kiffer, Jorge do Nascimento Viana, Fernando Estavam Bravim Ruy, Ewerton Schwab Pinto Júnior, Fernando Zardini Antônio, Arthur José Neiva de Almeida, Jorge Henrique Vale do Santos e Elizabeth Lourdes. Os quatro primeiros citados integram a Mesa Diretora eleita para comandar o Órgão no biênio 2018/2019, respectivamente nas funções de presidente, vice-presidente, corregedor geral da Justiça e vice-corregedor geral da Justiça (ESPÍRITO SANTO, acesso em 6 jan. 2018).

¹⁷⁰ O Tribunal de Justiça do Espírito Santo possui atualmente a seguinte estrutura de Câmaras de Julgamento: 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Câmaras Cíveis; 1º e 2º Grupo de Câmara Cíveis Reunidas; 1ª e 2ª Câmara Criminal; Câmaras Criminais Reunidas.

O Comitê Executivo Estadual de Saúde foi estabelecido pelo Tribunal de Justiça em cumprimento à determinação expressa da Resolução nº 238/2016¹⁷¹ do Conselho Nacional de Justiça. Segundo a referida norma do CNJ, o Comitê Estadual tem por finalidade exercer em âmbito regional as mesmas atribuições previstas para o Comitê Executivo Nacional pela Resolução nº 107/2010, com ênfase especial para o auxílio ao Tribunal de Justiça na criação do NAT-JUS, e para proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário.

A atual composição do Comitê é disciplinada pelo Ato Normativo nº 111, de 30 de agosto de 2017, do Tribunal de Justiça (ESPÍRITO SANTO, 2017), sendo formada por quinze integrantes: um desembargador, dois juízes estaduais, um juiz federal, um procurador do Estado, um procurador municipal, um promotor de justiça, um procurador da República, dois defensores públicos, um advogado representante da OAB, um secretário municipal da Saúde – representante do Colegiado de Secretarias Municipais de Saúde do Espírito Santo (COSEMS/ES), um médico vinculado à Secretaria de Estado da Saúde; um médico representante do Conselho Regional de Medicina do Espírito Santo, um representante da Agência Nacional de Saúde (ANS).

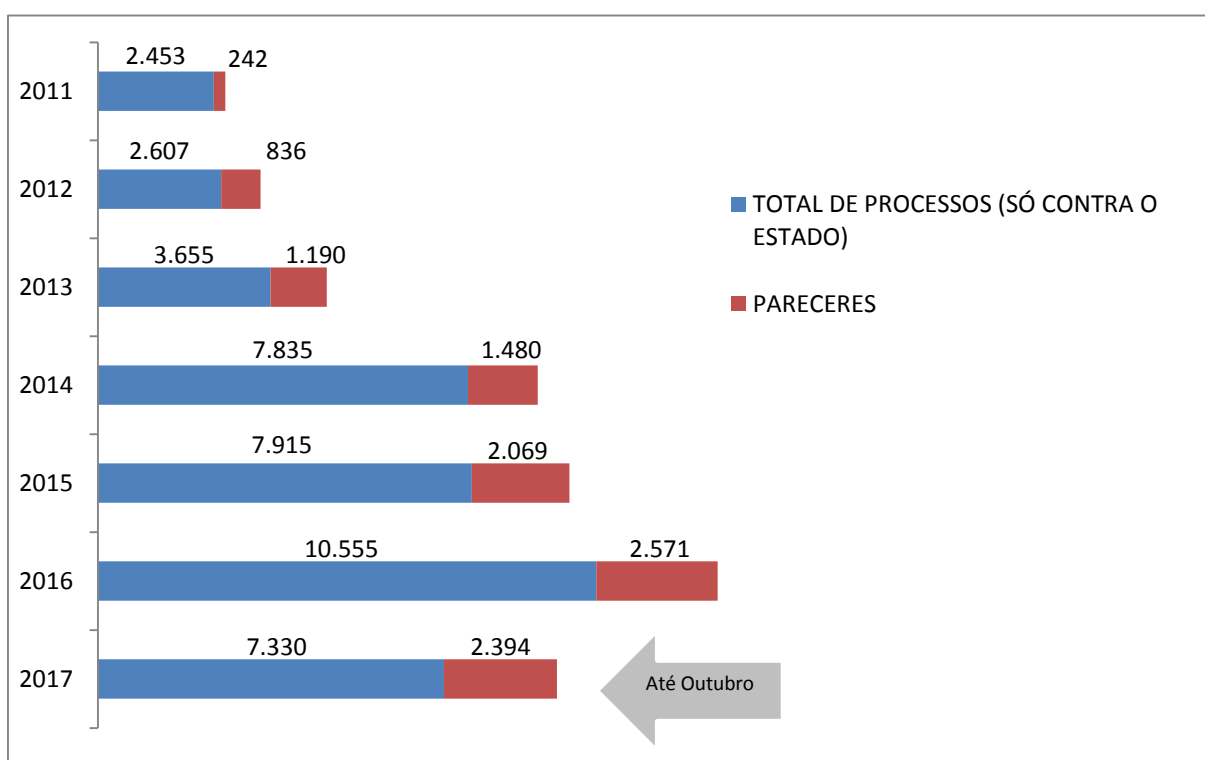
Por sua vez, o NAT foi instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo a partir de convênio com a Secretaria Estadual da Saúde, pelo qual o Tribunal cedeu o espaço físico para o funcionamento do Núcleo e o governo do Estado disponibilizou

¹⁷¹ Para melhor compreensão do Comitê Executivo Estadual de Saúde, vale transcrever o artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Resolução 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça, assim redigidos: “Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado. § 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro. § 2º Aplica-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhe compete, as mesmas atribuições previstas ao Comitê Executivo Nacional pela Resolução CNJ 107/2010, destacando-se aquela estabelecida no seu inciso IV do artigo 2º, que dispõe sobre a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário” (BRASIL, 2016a).

servidores técnicos da área da saúde (especialmente médicos e farmacêuticos)¹⁷² para atuarem no local, fornecendo aos magistrados os esclarecimentos e subsídios profissionais de que necessitem para proferir suas decisões nos processos relacionados com o Direito da saúde¹⁷³.

Para melhor compreensão do trabalho e da importância do NAT na atuação do Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo em processos relacionados com o direito da saúde, apresentamos a seguir o Gráfico 4, que faz a relação do número de pareceres técnicos emitidos pelo Núcleo anualmente em processos movidos contra o Estado:

Gráfico 4 – Número de pareceres técnicos emitidos pelo NAT anualmente em processos contra o Estado do Espírito Santo



Fonte: A Gazeta (2018).

Nota: Elaboração do autor (2018).

Ao avaliarmos os números apresentados no Gráfico 4, é possível concluir que, apesar da relevância do NAT para os processos de judicialização da saúde, no Estado do

¹⁷² O NAT é composto atualmente por oito profissionais da área da saúde, sendo quatro médicos e 4 quatro farmacêuticos (A JUSTIÇA..., 2018, p 24).

¹⁷³ Importante esclarecer que os magistrados podem ou não seguir os pareceres técnicos, isto é, não ficam vinculados às orientações emitidas pela equipe de profissionais do NAT.

Espírito Santo atualmente, o órgão não está estruturado satisfatoriamente para absorver a demanda existente, ao menos em nível que amortize de forma significativa os efeitos colaterais da judicialização. Isso pode ser confirmado pelo fato de que, entre 2011 e 2017, o NAT emitiu 10.785 pareceres, o que quer dizer que em mais de 10.000 oportunidades os magistrados estiveram respaldados por um laudo técnico. Porém, no mesmo período, foram movidas na justiça estadual 42.350 ações só contra o Estado do Espírito Santo, o que significa dizer que os pareceres técnicos do NAT alcançaram apenas 25,4% da carga de processos (A JUSTIÇA..., 2018, p. 25).

Pois bem. Encerrando nossa sintetização sobre os 126 anos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, importa registrar que o objetivo deste subtítulo não foi esmiuçar a história do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em maior grau de profundidade e avaliação, até porque a matéria comporta estudos científicos específicos, não compatíveis com a estrutura desta pesquisa. Nosso objetivo, como informado inicialmente, foi possibilitar ao leitor uma visão geral do órgão judiciário objeto de nosso estudo, ambientando-o e permitindo-lhe uma melhor compreensão e análise do seu trato com processos relacionados com o Direito da saúde. De certo que as informações aqui apresentadas cumprem esse objetivo. Agora avancemos.

5.3 O TRIBUNAL, A SAÚDE E A CIDADANIA

Chegando ao ponto final deste estudo, vale inicialmente reprisar que nossa finalidade é conhecer, analisar e apresentar a alçada histórica da saúde ao patamar de direito fundamental no Brasil, tomando como ambiente principal de estudo o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e sua atuação como órgão garantidor desse direito constitucional, em âmbito regional, nos primeiros 25 anos da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, antes de passarmos diretamente à abordagem da atuação do Tribunal capixaba nos casos de judicialização da saúde, cumpre registrar alguns aspectos e percalços de nossa pesquisa que, embora não tenham impedido sua finalização com resultados positivos, exigiram a alteração do planejamento inicial e o aguçamento da perspicácia e da obstinação em prol dos objetivos pretendidos.

A primeira questão a ser anotada é que, tendo em vista a grande repercussão da judicialização da saúde nos últimos anos, especialmente sobre os Poderes Executivo e Judiciário, imaginava-se que, no âmbito do Tribunal de Justiça, houvesse um rastro histórico de relevo sobre o tema, permitindo o acesso fácil a volumoso acervo institucional sobre a matéria. Não foi o caso.

Para surpresa da pesquisa, embora envolto na temática e nos próprios efeitos colaterais da judicialização da saúde, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo não dispõe, até o momento, de instrumentos específicos de acompanhamento e controle dos processos relacionados com o Direito da saúde em tramitação no âmbito do Poder Judiciário capixaba, e nem de suas repercussões em relação aos outros Poderes estatais, à sociedade e ao próprio Judiciário. Por exemplo, o Tribunal não dispõe de dados oficiais¹⁷⁴ sobre o número de processos referentes ao fornecimento de medicamentos ou à realização de cirurgias, nem sobre exames de alta complexidade, nem sobre as varas ou comarcas mais ou menos afetadas pela questão, sequer sobre o número de decisões liminares concedidas, de sentenças favoráveis ou contrárias prolatadas e suas respectivas repercussões financeiras, entre outros dados¹⁷⁵.

Ademais, o Tribunal de Justiça ainda possui a grande maioria de seus processos sob o sistema físico, disponibilizando o acervo digital apenas de suas jurisprudências (julgamentos) datadas a partir do ano de 2002. Nesse sentido, como nossa pesquisa compreende os primeiros 25 anos da Constituição Federal de 1988, tivemos dificuldade de obter material sobre a atuação nos casos relacionados com a saúde no período entre 1988 e 2001.

Nesse ponto, há de ser destacado que, no universo dos processos físicos, após o encerramento das demandas, em regra os autos são encaminhados para o arquivo geral do Poder Judiciário, onde ficam disponíveis por certo período, sendo, contudo,

¹⁷⁴ Essa informação foi repassada à pesquisa pela assessoria da presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, quando se procurou pelo órgão, em abril de 2017, para obtenção de dados consolidados sobre a judicialização da saúde no período pesquisado.

¹⁷⁵ A pesquisa também tentou obter informações sobre a judicialização da saúde no Tribunal de Justiça por intermédio do governo do Estado (Secretaria da Saúde) e da Prefeitura de Vitória (Procuradoria do Município), tendo em vista que invariavelmente figuram no polo passivo de diversas ações da espécie, porém ambos os órgãos informaram que também não dispunham de instrumentos próprios para o controle e a catalogação de ações da espécie, no que diz respeito ao período coberto por este trabalho, qual seja de 1988 a 2013.

difícil o acesso, uma vez que somente pode ser realizado após a solicitação do desarquivamento de cada processo ao Juízo competente, por meio de petição com justificativa do interesse, a ser deferida ou não. Fora isso, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo trabalha com a destinação dos processos físicos arquivados para práticas de reciclagem, o que também dificultou a localização de autos processuais correspondentes ao período mais remoto de nossa pesquisa.

De outro lado, o Tribunal do Espírito Santo tem a cultura de publicação de Ementários de Jurisprudência, o que contribuiu para que pudéssemos investigar a atuação daquela Corte de Justiça em processos sobre a matéria no período de 1988 e 2001, embora de modo limitado, uma vez que tais compêndios, de publicação semestral ou anual, são constituídos no sistema de amostragem, não permitindo o conhecimento da totalidade ou de um grande número de processos em que se deu a atuação do órgão.

Sem dúvida tais situações dificultaram a realização do nosso trabalho, porém nada que prejudicasse o resultado final. Diante da realidade apresentada e objetivando o acesso a informações reais, optamos por analisar os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos processos relacionados com o direito fundamental à saúde nos primeiros 25 anos da Constituição de 1988, utilizando como fonte principal de pesquisa, para o período entre 1988 e 2001, os Ementários de Jurisprudência publicados pelo órgão, disponíveis na biblioteca do Tribunal, e para o período entre 2002 e 2013, o acervo de Jurisprudência disponibilizado por mídia digital pelo Tribunal em seu sítio na internet.

Nesse contexto, feita a depuração das informações na forma indicada, entendemos por trazê-las a conhecimento de duas maneiras, objetivando, além da apresentação numérica da consolidação de dados, a percepção material dos posicionamentos do Tribunal sobre o direito fundamental à saúde ao longo do período pesquisado. De primeiro, apresentaremos uma Tabela confeccionada a partir da identificação e avaliação de todos os acórdãos do Tribunal do Espírito Santo sobre o tema do nosso estudo, proferidos entre 2002 e 2013, e disponíveis no sistema de pesquisa de jurisprudência existente na página eletrônica do Tribunal na internet; em seguida, considerando que nosso trabalho se relaciona com os primeiros 25 anos da atual constituinte, apresentaremos 25 acórdãos proferidos pelo Tribunal capixaba nesse

período, observando a seguinte programação: cinco processos julgados pelo Tribunal de Justiça entre 1988 e 2001 (período inicial/adaptação da nova ordem constitucional); dez processos do período de 2002 a 2010 (período de implementação/consolidação); e 10 dez processos com atuação do Tribunal na década atual, até o ano de 2013 (período em que se imagina a efetivação desse direito pelo decurso do tempo).

Pois bem. Antes da apresentação da Tabela referida, é importante dizer que ela não considerou os acórdãos identificados entre 1988 e 2001 nos Ementários de Jurisprudência do Tribunal, uma vez que, como já dito, esses compêndios trabalham com o sistema de amostragem, de modo que os julgamentos ali identificados não corresponderiam à totalidade ou à maioria dos processos, o que produziria inconsistência ou insegurança na consolidação dos números indicados na Tabela, caso fossem considerados.

Nesse sentido, utilizando apenas os acórdãos sobre o tema do nosso estudo, identificados no sistema eletrônico de pesquisa jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, proferidos entre 2002 e 2013, organizamos na Tabela os resultados obtidos ano a ano, separando-os por assunto e resultado, contabilizando, ao final, o quantitativo total em cada período.

É preciso pontuar ainda que foram considerados apenas os acórdãos relacionados com demandas contra os entes públicos (Estado ou Municípios), movidas por particulares, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, cujo conteúdo se relacionava de maneira direta e expressa com o direito fundamental à saúde previsto especialmente nos art. 6º e 196 da Constituição de 1988. Não foram contabilizados os processos em face de planos de saúde, nem os relacionados com erros médicos ou de caráter indenizatório em geral.

Na sistemática que adotamos, foram agrupados, sob a designação de “Medicamentos”, todos os casos julgados pelo Tribunal que tratavam do fornecimento de remédios, fraldas e alimentos especiais; sob a designação de “Procedimentos”, os acórdãos referentes a internações hospitalares, seja em casas de repouso, seja em estabelecimentos destinados à reabilitação de dependentes químicos, bem como aqueles atinentes a tratamentos médicos em geral, realização de cirurgias, fornecimento de equipamentos médicos e outros relacionados; por fim, sob a

designação de “Outros”, os julgamentos que englobavam providências como a construção de hospitais e clínicas, o direcionamento de verbas orçamentárias para políticas de saúde e a adoção de medidas destinadas à proteção da saúde coletiva etc.

Também apresentamos o número de acórdãos “Favoráveis”, assim considerados aqueles que concederam a providência reclamada pela parte em face do Poder Público, e “Contrários”, isto é, aqueles que negaram tal pretensão, quer pela extinção do processo diante de alguma deficiência técnica (utilização do tipo de errado de ação, ausência de provas do direito invocado etc.), quer pelo próprio indeferimento da providência pleiteada.

Com essas características, reunimos na Tabela 5 os acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo relacionados com o direito fundamental à saúde, proferidos entre 2002 e 2013, obtendo o seguinte resultado¹⁷⁶:

Tabela 5 – Acórdãos do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, relacionados com o Direito da saúde

| Ano | Medicamentos | Procedimentos | Outros | Favoráveis | Contrários | Total |
|------|--------------|---------------|--------|------------|------------|-------|
| 2002 | 02 | 01 | 01 | 04 | 0 | 04 |
| 2003 | 18 | 01 | 01 | 20 | 0 | 20 |
| 2004 | 19 | 01 | 0 | 20 | 0 | 20 |
| 2005 | 34 | 05 | 03 | 42 | 0 | 42 |
| 2006 | 48 | 08 | 01 | 57 | 0 | 57 |
| 2007 | 46 | 05 | 02 | 50 | 03 | 53 |
| 2008 | 72 | 08 | 01 | 78 | 03 | 81 |
| 2009 | 102 | 11 | 02 | 113 | 02 | 115 |
| 2010 | 70 | 24 | 0 | 91 | 03 | 94 |
| 2011 | 76 | 27 | 07 | 100 | 10 | 110 |
| 2012 | 74 | 38 | 04 | 106 | 10 | 116 |
| 2013 | 55 | 56 | 0 | 98 | 13 | 111 |

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (2013).

Nota: Elaboração do autor (2018).

¹⁷⁶ É importante ressaltar que não há relação direta entre o número de processos novos e o total de acórdãos em cada ano, especialmente porque o curso natural do processo judicial, com realização das suas etapas naturais de instrução e julgamento, pode ser superior a um ano.

A Tabela 5 apresenta um retrato da judicialização da saúde no Tribunal capixaba, sendo possível identificar na imagem relevos importantes dessa história, como a quase inexistência de julgados sobre a matéria no início da década de 2000, o crescimento progressivo do número de acórdãos sobre o tema até 2013, a predominância dos julgados relacionados com “Medicamentos” durante a quase totalidade do período pesquisado e o crescimento dos acórdãos sobre “Procedimentos” a partir de 2010, a ponto de tornar-se o tema de saúde mais abordado pelo Tribunal no último ano pesquisado. A Tabela 5 também revela a ampliação, ainda que tímida, do número de decisões contrárias aos pleitos de saúde apresentados ao Tribunal, as quais, inexistentes entre 2002 e 2006, e inexpressivas entre 2007 e 2010, começam a ter crescimento significativo a partir de 2011.

Passamos a apresentar 25 julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo relacionados com o direito fundamental à saúde, proferidos nos primeiros 25 anos da Constituição Federal de 1988. A seleção dos acórdãos apresentados teve por finalidade transmitir a amplitude do tema por meio da abordagem de seus variados aspectos manifestos nos processos que tramitam perante o Tribunal capixaba, buscando destacar situações de deferimento e de indeferimento do pedido, bem como acórdãos relatados por Desembargadores diversos.

Como antecipado anteriormente, a apresentação abaixo é composta de cinco) acórdãos proferidos entre 1988 e 2001, 1dez acórdãos proferidos entre 2002 e 2010, e dez acórdãos proferidos na década atual, até 2013, sendo comentados tais julgados, de forma individualizada ou conjunta, sempre na forma pertinente para melhor compreensão da pesquisa. Vejamos:

✓ Acórdãos proferidos entre 1988 e 2001:

AÇÃO DE DANO INFECTO – PRESENÇA DE GATOS EM APARTAMENTO – PREJUDICIALIDADE À SAÚDE DOS CONDÔMINOS E DEMAIS MORADORES DO PRÉDIO – SENTENÇA CONFIRMADA. Em se sabendo que os direitos sofrem restrições que as necessidades da vida social determinam, em obediência ao velho axioma de que a ninguém é lícito lesar os direitos alheios, entre os quais cumpre destacar as necessidades oriundas dos direitos de vizinhança, pode-se afirmar que o direito de cada um é limitado pela proibição de causar dano ao direito igual do proprietário vizinho, e em assim sendo, a permanência de gatos no apartamento da recorrente, prejudicando a saúde dos condôminos e demais moradores do prédio, além da higiene do próprio edifício, infringe a letra g, do art. 13, da Convenção, complementado pelo art. 7º do Regimento Interno. Confirmação da sentença

de primeiro grau (Apelação Cível nº 24.930.075.296 – Julgado em 1995 - Des. Renato de Mattos) (ESPÍRITO SANTO, 1996, p. 57).

Tomando por base este primeiro acórdão, é importante destacar que, no período inicial de vigência da Constituição de 1988, até pela pouca adaptação da sociedade e dos profissionais jurídicos com a fundamentalidade do direito à saúde, não foram incomuns situações em que tal direito fosse garantido pelo Poder Judiciário como atributo acessório de outros direitos em discussão, como o direito de vizinhança e organização condominial, conforme acontece no julgado transcrito; o direito de reparação por acidente de trânsito; o direito aos benefícios da integridade do meio ambiente etc.

CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – INOCORRÊNCIA – SAÚDE – DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTO A PORTADOR DE CÂNCER – DIREITO SOCIAL QUE SE TRANSMUTA EM DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA GERAÇÃO – CONDIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 – Nos termos do artigo 9º da Lei Estadual nº 4.317/90, o Secretário de Estado da Saúde exercerá, em caráter cumulativo, as funções de Diretor Presidente do IESP, autoridade apontada pela impetrada como coatora.

[...] 2 – A saúde é direito social, assegurado através de uma contraprestação estatal, sob a forma do serviço médico-sanitário-hospitalar. Em situações subjetivas específicas, os direitos sociais transmutam-se em direitos fundamentais de primeira geração. 3 – O portador de câncer sem recursos financeiros para suportar tratamento tem direito ao medicamento especificado. Condição do mínimo existencial, ou seja, parcela mínima de saúde, necessária à sobrevivência do impetrante. 4 – Dispensa de licitação – limitada ao tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes – pois o preceito constitucional autoriza a inobservância da lei ordinária, quando em confronto com valor jurídico preponderante. 5 – Segurança concedida. (Mandado de Segurança nº 100980003394 – TJ/ES – Julgado em 25/06/1998 – Rel. S. Samuel Meira Brasil Junior) (ESPÍRITO SANTO, 1999a, p. 50-51).

O acórdão transcrito é importante para demonstrar que, não obstante ainda fossem numericamente pouco expressivos os processos judiciais com relação direta ao direito à saúde, já no final da primeira década de vigência da Constituição de 1988 despontavam nuances importantes de tal direito, como o fornecimento de medicamentos, que mais tarde se confirmaria como um dos principais pleitos da sociedade perante o Judiciário, bem como debates, ainda que iniciais e tímidos, sobre teorias que gravitam em volta do Direito da saúde até os dias atuais, como é o caso da teoria do mínimo existencial.

MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRANTE PORTADOR DE PROCESSO OBSTRUTIVO DA ARTÉRIA CORONARIANA –

NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE DE “STENT” – SAÚDE: DIREITO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA – UNANIMIDADE. A Constituição Federal, em seu art. 196 garante o direito a saúde. Em sendo a saúde direito de todos, tutela o Estado o dever de proteger seus cidadãos, resguardando o acesso universal a todos os que dela necessitam, para que os direitos postos à disposição dos economicamente superiores sejam os mesmos colocados à disposição dos economicamente necessitados. Assim, cabe ao Ente da federação, cuja competência possui. A unanimidade, conceder a segurança. (Mandado de Segurança nº 100990013144 – TJ/ES – Julgado em 1999 - Rel. Des.: Maurílio Almeida de Abreu) (ESPÍRITO SANTO, 2001a, p. 297).

O julgado indica que, no início da segunda década de vigência da Constituição de 1988, já existiam processos da judicialização da saúde debatendo outras perspectivas de tal direito que não o fornecimento de medicamentos, como a aquisição de próteses e a realização de cirurgias, entre outros procedimentos, ainda que, de acordo com a percepção de nossa pesquisa, fossem casos isolados na época.

MANDADO DE SEGURANÇA – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – NÃO LIBERAÇÃO – DIREITO ASSEGURADO – SEGURANÇA CONCEDIDA. O medicamento é adequado e indispensável à patologia do paciente, pois trata-se de medicação especial e específica para o caso de impetrante. Não pode a autoridade coatora deixar de liberá-lo, sob o argumento de só possuir no estoque remédio similar (Mandado de Segurança nº 100980011223 – TJ/ES – Rel. S.: Willian Couto Gonçalves – Julgado em 22/04/99 e lido em 29/04/99) (ESPÍRITO SANTO, 1999b, p. 21).

MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO – PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE – PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Não tendo o impetrante condições financeiras para obter medicamento indispensável à sua saúde, é dever do estado fornecer-lhe, conforme disposto no art. 196 da CF/88. Segurança concedida. (Mandado de Segurança nº 100000019685 – TJ/ES – Des. Rel. Nivaldo Xavier Valinho – Julgado em 29/03/2001 e lido em 05/04/2001) (ESPÍRITO SANTO, 2001b, p. 16).

Finalizando esse primeiro bloco de transcrição de acórdãos, os dois últimos julgados apresentados, além confirmarem a predominância dos pedidos de medicamentos, demonstram que também no período mais remoto objeto da nossa pesquisa já estava presente a discussão sobre a possibilidade de disponibilização pelo Poder Público de medicamento similar ao que prescrito pelo médico para o paciente, questão que prossegue polemizando as disputas judiciais em torno do Direito da saúde, como veremos na continuidade de nossa apresentação.

✓ Acórdãos proferidos entre 2002 e 2010:

REMESSA EX OFFICIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1) SUS. ESTADO PRECÁRIO. MERCADO MUNICIPAL. PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL.

MATADOUROS CLANDESTINOS. 2) INQUÉRITO CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE ABATEDOURO. COMÉRCIO CLANDESTINO DE CARNE. ACORDO FORMALIZADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A manutenção da sentença de piso decorre do fato de que fora constatado pelo SUS o estado precário do Mercado Municipal existente no Município de Ponto Belo, uma vez que o estabelecimento em questão não se mostra adequado para o manuseio dos produtos de origem animal que chegam de matadouros clandestinos, em tudo ocasionando grave perigo para a saúde pública. 2. O inquérito civil juntado pelo Ministério Público Estadual, e demais elementos probantes carreados aos autos, dá conta da inexistência de abatedouro no Município de Mucurici, com a existência de abate e comércio clandestino de carne, além da falta de inspeção sanitária nos açougues, razão pela qual legítimo o acordo formalizado nos autos quanto à construção do abatedouro e demais medidas sanitárias. Recurso improvido. (TJES – Ação Civil Pública nº 0911636-71.2002.8.08.0000 – Terceira Câmara Cível – Julgado em 17/09/2002 – Rel. Des. Rômulo Taddei).

Este acórdão demonstra o reconhecimento da amplitude do direito fundamental à saúde já no início da década de 2000. O julgado destaca a obrigação de atuação do Estado na prevenção às enfermidades e na promoção da saúde do cidadão, também, no que diz respeito à fiscalização das condições sanitárias e de higiene dos estabelecimentos industriais e comerciais, sejam eles de natureza pública ou privada.

MANDADO DE SEGURANÇA - OBJETIVO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE, PROGRESSIVA E FATAL - TRATAMENTO INADIÁVEL E INDISPENSÁVEL - CONSTITUCIONAL - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos indistintamente, o direito à saúde que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 2. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido na Carta Magna, de que a saúde é direito de todos e dever do Estado. 3. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida pela autoridade pública não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida buscada pelo impetrante porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da sua situação: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 4. O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida do paciente, deverá ser ele fornecido. (TJES – Mandado de Segurança nº 0002774-05.2003.8.08.0000 – Tribunal Pleno – Julgado em 02/12/2003 – Rel. Des. Jorge Góes Coutinho).

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. II. Se para a sobrevivência da Impetrante é vital o uso de determinado medicamento e esta não dispõe de recursos financeiros suficientes para adquiri-lo, não resta outra alternativa ao Estado senão fornecer o

medicamento, enquanto durar o tratamento de saúde. III. De acordo com precedentes deste Tribunal, o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Diante disso, o Poder Público não pode mostrar-se indiferente ou omissa frente ao problema da saúde da população, sob pena de ferir o art. 196 da Constituição Federal. IV. Segurança concedida. (TJES – Mandado de Segurança nº 0001002-70.2002.8.08.0000 – Tribunal Pleno – Julgado em 30/09/2004 – Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcelos).

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE: REJEITADA - MÉRITO: FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (TEMOZOLAMIDA) - IMPETRANTE PORTADOR DE ASTROCITOMA FIBRILAR DE BAIXO GRAU - HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DOS FAMILIARES - FORNECIMENTO - DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 5º, 6º E 196). PRECEDENTES DO STJ E STF. I. Rejeita-se a preliminar suscitada pela autoridade impetrada, uma vez que cabe ao Secretário de Estado da Saúde a coordenação das ações atinentes à saúde, sendo, portanto, autoridade apta a figurar no polo passivo da referida ação em face da lesão jurídica denunciada. 2. A Carta Política Brasileira traduz, de forma cristalina, o direito à saúde para cada cidadão, sendo dever do Estado assegurar a todos o bem-estar físico e a assistência médica hospitalar, mediante políticas sociais e econômicas para tanto. 3. Impossibilidade de que seja prevalecido o interesse financeiro em detrimento ao direito à vida, destacando-se como ilegal o ato praticado pela autoridade impetrada ao se esquivar, continuamente, em relação ao fornecimento de medicamentos necessários a sobrevivência do impetrante. 4. Necessidade devidamente comprovada nos autos, da medicação almejada pelo impetrante, para o tratamento da enfermidade que lhe aflige. 5. Segurança concedida a unanimidade, tornando definitiva a liminar deferida. (TJES – Mandado de Segurança nº 0001509-31.2004.8.08.0000 – Tribunal Pleno – Julgado em 17/03/2005 – Rel. Des. Carlos Henrique Rios do Amaral).

MANDADO DE SEGURANÇA - ACESSO A MEDICAMENTOS - DIREITO À SAÚDE COROLÁRIO DO DIREITO À VIDA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - OMISSÃO ESTATAL - LIMINAR DEFERIDA - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 - A Constituição Federal de 1988 garante ao povo brasileiro acesso à saúde como meio de contemplar o bem maior do direito à vida. 2 - Não é lícito ao Estado Brasileiro furtar-se de suas obrigações constitucionais de assegurar o acesso à saúde em virtude de alegação de incapacidade de caixa, ou por problemas burocráticos. 3 - A omissão estatal de fornecimento de medicamento, devidamente comprovada a sua necessidade, constitui lesão grave ao disposto no artigo 196 da CF/88, pois acarreta risco real de morte à Impetrante, devendo o Judiciário deferir tal pleito e confirmar a liminar concedida. 4 - Não se trata de diferenciação sobre os tutelados, mas sim de tratamento de forma isonômica e universal em relação ao acesso de meio que venha a garantir o princípio maior de preservação da dignidade da vida humana. 5 - Segurança concedida. (TJES – Mandado de Segurança nº 0000365-51.2006.8.08.0000 – Tribunal Pleno - Julgado em 19/06/2006 – Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1) FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PECHA NULIFICADORA AFASTADA. TUTELA DE URGÊNCIA. OBJETIVIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. 2) PERIGO IMINENTE. LIMINAR CONTRA O PODER PÚBLICO. CABIMENTO. 3) FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CIDADÃO DESTITUÍDO DE RECURSOS. NECESSIDADE DE TRATAMENTO EXTRAORDINÁRIO. 4) CASO CONCRETO. PROVA DOCUMENTAL. DIABETES TIPO 1. GRANDE INSTABILIDADE METABÓLICA. QUALIDADE DE VIDA. DIGNIDADE. INSULINA DE AÇÃO

PROLONGADA. 5) TRIÁDE MÁGICA. GOMES CANOTILHO. PROTEÇÃO AO HOMEM ASSEGURADA PELO JUDICIÁRIO. 6) RESERVA DO POSSÍVEL. LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA AFASTADA. PRECEDENTES. 7) RESSALVA. IMPOSSIBILIDADE DE ESCOLHA DA MARCA DO MEDICAMENTO. FÁRMACO QUE CUMPRA A FUNÇÃO SOCIAL. SUFICIÊNCIA. SAÚDE PRESERVADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) A fundamentação sucinta e objetiva - marcante em situações de extrema urgência, como sói ocorrer - não se confunde com a falta de fundamentação, mormente quando nenhum prejuízo trouxe à defesa da parte requerida. 2) Se o perigo for iminente, a exigir outorga de um provimento judicial imediato, *inaudita altera pars*, a medida pode e deve ser prontamente deferida, sem sequer ouvir previamente a pessoa jurídica de direito público. 3) Considerando que incumbe ao Poder Público fomentar políticas sociais e econômicas com o escopo de abreviar o risco de doenças e outros males dessa natureza, não pode o mesmo esquivar-se de suas atribuições sob o argumento de que o fornecimento de medicamentos deve ser limitado e restrito, eis que é seu mister prover as pessoas destituídas de recursos quando devidamente comprovada a necessidade de tratamento extraordinário para a sustentação da vida. 4) *In casu*, há nos autos prova documental de que a autora depende da insulina (cujo fornecimento lhe foi negado) como forma de garantir sua existência digna. Trata-se de menor portadora de diabetes mellitus tipo 1 que apresenta um quadro de grande instabilidade metabólica, com glicemias elevadas e de difícil controle. Conforme laudo médico carreado aos autos, a autora já utilizou diversos tipos de insulina, razão por que sua qualidade de vida seria resguardada com a utilização de insulina de ação prolongada. 5) Deve o Poder Judiciário conceder proteção ao homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador (eis a “tríade mágica” vislumbrada por José Joaquim Gomes Canotilho). 6) Se o SUS visa à assistência aos indivíduos através de ações que proporcionem tratamento médico gratuito, afigura-se impraticável alegar a Legalidade Orçamentária (*rectius*, a reserva do possível) como forma de obstaculizar a efetivação de um exame médico, visto que tal princípio não pode preponderar sobre o direito à vida e à saúde. Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (REsp. nº 736.524/SP). 7) Contudo, não pode a suplicante, ora recorrida, escolher uma marca de medicamento, cumprindo pleitear aquela que possa ser fornecida pela Municipalidade sem prejuízo de sua sobrevivência digna. Sendo assim, como dito alhures, poderá o ente público fornecer medicamento que cumpra com a função social resguardada na decisão agravada, qual seja, a de preservar a saúde da autora. Recurso parcialmente provido. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0903642-16.2007.8.08.0000 – Terceira Câmara Cível – Julgado em 18/12/2007 – Rel. Des. Rômulo Taddei)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (SAÚDE, VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF). Constitui direito social correlato a outros direitos fundamentais (vida e

dignidade humana), os quais são valores universais supremos, pois inseridos no âmbito de proteção ao mínimo existencial. Para atender ao mandamento constitucional, cumpre ao Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal, adotar as medidas capazes de viabilizar o direito à saúde aos necessitados, mediante o custeio de medicamentos indispensáveis ao combate das mais diversas enfermidades. 2. Para não incorrer em gravíssima e intolerável omissão, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, em face da injusta recusa dos órgãos administrativos gestores do sistema de saúde pública, a nobre função de emitir pronunciamentos capazes de concretizar tais direitos fundamentais, determinando a prestação do devido amparo a quem demonstre a insuficiência de recursos financeiros, afastando as restrições impostas pelo Ministério da Saúde por ato normativo de estatutura infraconstitucional. 3. Comprovada a gravidade da doença e a necessidade urgente do adequado tratamento médico, a fim de evitar complicações irreversíveis e melhorar a sua qualidade de vida, faz jus a impetrante ao custeio do fármaco de elevado custo prescrito por seu médico assistente, em caráter excepcional, independentemente de indicação na relação padronizada pelo Ministério da Saúde ou pela Secretaria Estadual de Saúde. 4. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção do tratamento mais adequado e eficaz à pessoa que padece de grave doença, com risco de morte. 5. Segurança concedida. Precedentes deste Tribunal, do STJ e do STF. (TJES – Mandado de Segurança nº 0000574-49.2008.8.08.0000- Tribunal Pleno – Julgado em 11/09/2008 - Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcelos).

Comentaremos em bloco os seis últimos acórdãos transcritos, pela similitude da abordagem que realizam, embora seja possível extrair deles aspectos diversos do Direito da saúde, importantes para o momento histórico que representam. Como se pode apurar pela proporção (seis acórdãos em um grupo de dez), o fornecimento de medicamentos continuou predominando entre os temas da judicialização, de 2002 a 2010. Também é possível observar que, nesse período, é acrescida aos debates a teoria da reserva do possível, ou seja, a obrigatoriedade de o Poder Público prover o direito da saúde dentro das condições administrativas, financeiras e orçamentárias que lhe sejam possíveis, a qual, entretanto, no âmbito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, salvo algumas raríssimas exceções, sucumbe diante teoria do mínimo existencial e da fundamentalidade do direito à saúde.

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - GRAVES LESÕES - REMOÇÃO URGENTE AO CENTRO CIRÚRGICO E INTERNAÇÃO EM LEITO DE CTI - MANUTENÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE - VIABILIDADE DA CONCESSÃO DA ORDEM - PRECEDENTES DO E. STF E TJES - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 - A saúde, como bem de extraordinária relevância à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, sendo dever do Estado garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica. 2 - Segundo inclusive interpretação conjunta dos arts. 1º, inc. III, 6º, 196 e 197, da Carta Magna, revela-se o direito público subjetivo à saúde consistente em que todos, sem qualquer exceção, nos casos de risco à saúde, têm o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica. 3 - Constatada a necessidade de

remoção urgente do administrado ao centro cirúrgico e ainda de sua internação junto ao Centro de Tratamento Intensivo - CTI, e não havendo leitos desse segmento na rede pública, é viável o deferimento da segurança para determinar que se efetive a intervenção cirúrgica e a disponibilização ao cidadão acometido de lesão/moléstia grave de um leito no setor privado, até a regular oferta de vaga pública. 4 - Segurança concedida. (TJES – Mandado de Segurança nº 0002924-73.2009.8.08.0000 - Segundo Grupo de Câmara Cíveis Reunidas – Julgado em 09/12/2009 - Rel. Des.: Carlos Roberto Mignone).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - TRATAMENTOS A SEREM REALIZADOS EM COMARCA PRÓXIMA - CONCESSÃO DE TRANSPORTE - NECESSIDADE MANIFESTA - DEVER DO MUNICÍPIO - NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL - MANUTENÇÃO DA DECISÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 - O direito à vida e à saúde aparecem como consequências imediatas da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. 2 - O fato da saúde do menor se encontrar em risco, em razão da ausência do tratamento médico necessário na Comarca onde reside, dá ensejo ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 3 - Restando demonstrada a necessidade do menor, é dever da municipalidade fornecer-lhe transporte para o Município de Colatina, três vezes por semana, a fim de ser submetido a terapia ocupacional, fisioterapia, ecoterapia e outros procedimentos indispensáveis a amenizar, controlar e reverter os efeitos do autismo, de que é portador. 4 - As limitações orçamentárias, embora sejam um entrave para a efetivação dos direitos sociais, não podem ser utilizadas de forma indiscriminada para impedir que os cidadãos tenham um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais se inclui o direito aos serviços de saúde. 5 - Apelação conhecida e desprovida. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0917816-59.2009.8.08.0000 – Terceira Câmara Cível – Julgado 24/08/2010 - Rel. Des. Willian Couto Gonçalves).

Os dois acórdãos anteriores exemplificam outra característica da judicialização da saúde no Tribunal capixaba, identificada em nossa pesquisa, qual seja, a de que a partir do final da década de 2000 houve considerável diversificação das providências pleiteadas pelos cidadãos, reduzindo gradativamente a predominância absoluta das solicitações de medicamentos, antes existente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERNAÇÃO - TRATAMENTO - DEPENDENTE QUÍMICO - CRACK - OBRIGAÇÃO - PODER PÚBLICO - SOLIDARIEDADE - MÍNIMO EXISTENCIAL - RECURSO IMPROVIDO - 1. Não se nega a responsabilidade da União, no entanto, esta também é do Município e do Estado, que respondem solidariamente, conforme Jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores. 2. Há muito este Sodalício, assim como os Tribunais Superiores e o STF, consagraram o entendimento de que cumpre ao Poder Público adotar as medidas tendentes a viabilizar o direito à saúde, sem qualquer restrição, no que certamente se incluem os casos de dependência química, sob pena de incorrer em grave omissão. 3. A respeito, o entendimento pretoriano, em situações que tais, surge manifesto, indubitoso da prevalência da essencialidade dos direitos fundamentais sobre os interesses financeiros do Estado. 4. Na verdade a medida discutida não se trata de simples tratamento curativo de dependente, mas sim, um tratamento preventivo social, voltado ao bem-estar de toda a sociedade, pois não tratar o agravado agora, quando solicita ajuda estatal por meio da referida

demanda, pode resultar na obrigação do Estado em tratar o agravado futuramente, mas como cliente do sistema prisional, ou mesmo de continuar a cuidar daquelas vítimas do tráfico, atualmente também sustentado pelo agravado. Recurso improvido. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0190089-35.2010.8.08.0000 – Terceira Câmara Cível – Julgado em 07/12/2010 – Rel. Des. Ronaldo Gonçalves de Souza).

Encerrando este bloco de acórdãos, esse julgado traz importante representação do desenvolvimento da judicialização da saúde, isso porque, no âmbito da diversificação dos pleitos dos cidadãos, intensificada no final da década de 2000, destacaram-se entre os assuntos surgidos com maior intensidade os pedidos de internação de dependentes químicos que, nos anos seguintes, passariam a representar parcela considerável dos processos apreciados pelo Tribunal capixaba.

✓ Acórdãos proferidos entre 2011 e 2013:

1) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTEXTO FÁTICO. DETERMINAÇÃO DE ABASTECIMENTO PERENE E CONTÍNUO DE MEDICAMENTOS POR ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. MANUTENÇÃO DE ESTOQUE. PRAZO EXÍGUO. ELEVADA MULTA DIÁRIA. 2) DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. PREMISSA. 3) DESENFREADA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE. OBTENÇÃO DE ORDEM GENÉRICA. AUSÊNCIA DE QUADRO EMERGENCIAL CONCRETO. 4) DISCUSSÃO ENVOLVIDA. ESCOLHA POLÍTICA. ALOCAÇÃO DE RECURSOS. JUDICIALIZAÇÃO. RISCO DE ESCOLHAS TRÁGICAS. 5) DECISÃO JUDICIAL AGRAVADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E MANUTENÇÃO DE ESTOQUE. 6) INTERFERÊNCIA DRÁSTICA NA LÓGICA DO SISTEMA. POSSÍVEL GLOSA À UNIVERSALIDADE DE ACESSO. 7) PAPEL CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO. IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. 8) RECURSO PROVIDO. 1) Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Aracruz contra a decisão prolatada pela MMª. Juíza de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, Municipal e de Registros Públicos da Comarca de Aracruz/ES que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual (ora agravado), deferiu medida antecipatória para determinar, no prazo máximo de 15 (quinze) dias: (i) o abastecimento da rede municipal de saúde com todos os medicamentos presentes na lista de assistência farmacêutica (REMUME - Portaria nº 2982/GM de 26/11/2009 do Ministério da Saúde); (ii) a manutenção do estoque de medicamentos, de forma a garantir o fornecimento adequado à população local; e (iii) a divulgação do índice médio mensal de cobertura de sua REMUME em site oficial na internet. Fixou ainda a magistrada *a quo*, em caso de descumprimento, multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em prol do Fundo Municipal de Saúde de Aracruz, ex vi do art. 33 da Lei nº 8.080/90. 2) Não se olvida que é direito de todos e dever do Estado (*lato sensu*) assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, a teor do disposto nos arts. 6º e 196 da Constituição Cidadã de 1988. 3) Todavia, impõe-se cautela. É preciso guardar reservas em relação à desenfreada judicialização das políticas públicas de saúde, em especial quando o ingresso no órgão jurisdicional presta-se à obtenção de ordem genérica e dissociada de quadro emergencial concreto. 4) A questão é cáustica, pois envolve (a) a discussão a respeito da

judicialização do direito prestacional à saúde; (b) o embate entre os postulados do mínimo existencial e da reserva do possível; e (c) se a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória das políticas públicas, violaria o princípio da separação dos poderes. 5) A determinação de fornecimento permanente, perene e irrestrito de todos os medicamentos constantes de determinada listagem elaborada pelo Ministério da Saúde, ordem judicial essa direcionada à municipalidade, em nada se assemelha à determinação dirigida ao ente público de fornecer certo medicamento a esse ou aquele indivíduo carente. 6) A medida antecipatória concedida na origem tem o condão de interferir drasticamente na lógica do sistema de políticas públicas e prioridades adotadas pelo Município de Aracruz, implicando realocação de recursos para a contínua manutenção de estoque de medicamentos, donde poderá, ao menos em tese, exsurgir glosa à universalidade de acesso aos demais serviços públicos. E tudo isso sob pena de elevadíssima multa diária arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 7) O papel constitucional do ente municipal não se restringe ao fornecimento de medicamentos gratuitos ao cidadão carente. Tampouco se conhece com exatidão o impacto orçamentário que o cumprimento - contínuo e a longo prazo - da decisão recorrida é capaz de gerar. 8) A aquisição de pequena quantidade de medicamento, em situação emergencial e em decorrência do cumprimento de ordem judicial, para suprir a necessidade de um indivíduo doente e carente é quadra absolutamente distinta da aquisição e manutenção de estoque de todos os medicamentos constante de extenso rol federal. Recurso provido. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0190079-88.2010.8.08.0000 – Terceira Câmara Civil – Julgado em 01/02/2011 – Rel. Des. Eliana Junqueira Munhós Ferreira).

Esse acórdão destaca importante ocorrência no trato do Direito da saúde pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo a partir de 2011. Referimo-nos ao aumento de julgados de mérito contrários à providência pleiteada pelo cidadão ou em seu favor. Até então, quase inexistentes, os julgamentos contrários firmavam-se, de modo geral, exclusivamente em questões processuais, como a utilização do tipo de ação impróprio, não adentrando na análise do Direito da saúde em si. Embora os julgamentos contrários permaneçam ocorrendo em volume irrisório, é relevante a ampliação de tais posicionamentos, especialmente porque o Judiciário tem considerado neles argumentos há muito suscitados pelos entes públicos, tais como a excessiva judicialização e seus efeitos colaterais para a organização administrativa, a reserva do possível, a necessidade de planejamento das políticas públicas e a vedação à interferência na autonomia e independência dos Poderes.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS MOTORIZADA - CADEIRA DE RODAS - DIREITO A SAÚDE - DEFICIÊNCIA - TETRAPLEGIA - CADEIRANTE - DIREITOS FUNDAMENTAIS - PODENRAÇÃO DE INTERESSES - PROPORCIONALIDADE - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INSTRUMENTO TERAPÊUTICO - OBRIGAÇÃO ESTATAL - ORÇAMENTO - LEI Nº 4.320/64 (LEI QUE TRATA DA ELABORAÇÃO E CONTROLE DE ORÇAMENTOS). Como é de conhecimento geral, a pessoa portadora de necessidades especiais, tetraplegia como é o caso, inevitavelmente necessita de instrumento adequado para sua locomoção, haja vista que com a enfermidade fica

impossibilitada de locomover-se livremente, tanto no que se refere aos seus membros inferiores quanto com relação aos membros superiores. A supracitada razão apresenta-se como suficiente, face aos laudos médicos que acompanham os autos para demonstrar existência de prova inequívoca que convença o julgador da verossimilhança das alegações da agravada. No que tange ao perigo da demora verifico que o mesmo salta aos olhos ao compulsar os autos. A necessidade de se locomover para qualquer pessoa revela-se urgente, uma vez que temos a necessidade de a todo tempo de cuidarmos dos afazeres pessoais, domésticos e profissionais. No caso em tela, destaca-se o fato de a agravada, além dos afazeres comuns do dia-a-dia, necessita de locomoção para ir às consultas médicas, a farmácia, a fisioterapia etc., possuir necessidades especiais. Ademais, a cadeira de rodas motorizada revela-se como instrumento necessário para a agravada, haja vista que sendo a mesma portadora de tetraplegia, lamentavelmente fica impossibilitada de movimentar os braços e fazer força com a finalidade de dar o impulso necessário a uma cadeira de rodas comum. Vale destacar que o agravante não possui capacidade técnica para afirmar livremente que a agravada não necessita da cadeira de rodas motorizada, uma vez que a pessoa habilitada para tanto é o médico que assim o fez, conforme posso verificar nos laudos e relatórios médicos de fls. 31-34. Ressalte-se que as características especiais da cadeira são deveras indispensáveis, uma vez que consideramos que a agravada não é dotada de movimentos em seus membros, o sistema de “freios inteligente” contestado pelo agravante apresenta-se como indispensável com a finalidade de se evitar a possível ocorrência de acidentes com o disparar do sistema de aceleração da cadeira. Conforme sobredito, e confirmado pela jurisprudência, é o médico o profissional habilitado para prescrever aquilo que é necessário para o paciente, não cabendo ao Poder Público impor restrições àquilo que fora prescrito: CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO SUS. DEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. A afamada “cláusula da reserva do possível” não pode ser invocada para restringir a assistência pelo ente público àquele que necessita de um aparelho fornecido pelo sistema público de saúde, sem, contudo, conseguir obtê-lo em razão dos entraves burocráticos, mostrando-se acertada a intervenção do judiciário de modo a viabilizar a fruição do direito à saúde e garantir a liberdade da criança. Agravo de Instrumento 1.0223.08.268994-2/001 Des.(a) Dídimio Inocêncio de Paula 22/10/2009 Divinópolis. Ademais, com a finalidade de assegurar-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, 227, § 2º e 244, todos da CF/88), vê-se que hodiernamente a legislação, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais, têm-se dispensado tratamento específico para a inclusão e garantia do direito de acessibilidade para os portadores de necessidades especiais, tirando-os da “margem da sociedade” e trazendo-os para seu centro de forma a garantir-lhes direitos iguais como cidadão que são. Lembre-se, a esse respeito, como o STJ sapientemente resolveu questão semelhante à dos autos por meio do voto proferido pelo Min. Francisco Falcão, no Resp. nº 946.338-RJ, 1ª Turma do STJ, DJe 12/03/08, que em situação semelhante à dos autos assim decidiu: STJ - FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS MOTORIZADA. ART. 6º, I, 'D', E 7º, II, DA LEI Nº 8.080/90. ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA INTEGRAL. CONCEITO. I - A 'integralidade de assistência', conforme expõe literalmente o art. 7º, II, da Lei nº 8.080/90, é 'entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema'. II - Nesse panorama, equivocou-se a Corte de origem ao entender que, apesar do direito do recorrente ao tratamento de saúde, deveria ele contentar-se com o 'mínimo razoável' na prestação de serviços de atendimento à saúde que o ente público poderia oferecer-lhe, desconsiderando totalmente suas limitações físicas que o impossibilitariam de tais serviços usufruir,

necessitando, por isso mesmo, de tratamento especial e diferenciado, como mesmo constatado pela instância ordinária. III - De fato, o raciocínio na prestação de assistência à saúde deve ser o inverso do que esposado no acórdão recorrido: diante das condições de enfermidade da pessoa, mais ou menos complexa, o Poder Público tem por obrigação legal (e também constitucional) proporcionar-lhe "assistência terapêutica integral", nos moldes prescritos pelo inciso II do art. 7º da Lei nº 8.080/90. IV - 'O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.' (AgRg no RE nº 393.175/RS, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 02.02.2007). Ademais, a questão referente a suposta ausência de dotação orçamentaria não se mostra como fato impeditivo da realização de despesas, na medida em que a Lei nº 4.320/64 (Lei que trata da elaboração e controle de orçamentos) em seu art. 41, II, prevê os chamados créditos adicionais especiais destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentaria específica. Ainda no tocante à querela orçamentária e da patente colisão entre os direitos fundamentais acima referidos, considerada a necessidade de preservação da vida dos doentes em estado grave, lembre-se tetraplegia, impõe-se relevar, excepcionalmente, os efeitos econômicos e financeiros relativos às despesas com a aquisição equipamento prescrito. Pondere-se, ainda, que a despesa será feita uma única vez e que o seu valor, certamente não acarreta o alegado risco de lesão à ordem pública e econômica, pois se trata de valor pequeno se considerado o orçamento de um Estado do porte do Estado do Espírito Santo. Portanto, mediante o emprego dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, a excepcionalidade do caso vertente recomenda que os direitos à saúde e à vida prevaleçam sobre outras garantias e princípios constitucionais, tais como, supremacia do interesse público sobre o privado, autonomia orçamentária, políticas públicas da administração e assim por diante, o que implica em indeferimento do pleito de suspensão da aludida liminar. RECURSO CONHECIDO E PROVIMENTO NEGADO. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0091513-07.2010.8.08.0000 – Terceira Câmara Cível – Julgado em 22/03/2011 – Rel. Des. Ronaldo Gonçalves de Souza).

A transcrição desse acórdão tem por finalidade referenciar informação já indicada na Tabela 5, no sentido de que, a partir do início da década de 2010, consolidou-se a diversificação dos pleitos de saúde levados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo até, no ano de 2013, o número de processos relacionados com pedidos de procedimentos médicos (cirurgias, internações, exames, cadeira de rodas, próteses etc.) superar o quantitativo de ações com pleitos de medicamentos (remédios, fraldas, alimentos especiais).

CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMÉDIO. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF. SUBSTITUIÇÃO. TRATAMENTO DE MENOR CUSTO. IMPOSSIBILIDADE NESTA FASE PROCESSUAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. O direito à saúde, consubstanciado no tratamento terapêutico e no fornecimento de medicamentos, presente a hipossuficiência dos deles necessários, constitui dever do Estado, taxativamente discriminado pelos arts. 196 e 230, § 1º da Constituição Federal c/c art. 6º da Lei nº 8.080/90. 2. Destarte, configurado o

descumprimento - omissivo ou comissivo - de tal dever, é lícita a atuação do Poder Judiciário, no intuito de materializar os valores precatados pelo ordenamento jurídico, mesmo porque o direito à vida e à saúde são desdobramentos inexoráveis do princípio da dignidade humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro (CF, art. 1º-III). 3. Não há falar, outrossim, substituição do tratamento prescrito por outro de menor custo, eis que tal desiderato deve ser respaldado em abalizada opinião médica, de todo incompatível com a celeridade que reclama o atual momento processual, presente que se faz a situação de risco. 4. Recurso conhecido, porém desprovido. (TJES – Agravo Interno nº 0901328-92.2010.8.08.0000 – Quarta Câmara Cível – Julgado em 12/12/2011 – Rel. Des. Carlos Roberto Mignone).

Essa jurisprudência apresenta uma forte característica do posicionamento adotado pelo Tribunal do Espírito Santo nos acórdãos analisados pela pesquisa, qual seja, fazer prevalecer a recomendação do profissional de saúde que serviu de fundamento para o pedido do cidadão, não consentindo na quase totalidade dos casos com tentativas do Poder Público de substituição de medicamentos ou tratamentos recomendados por outros similares, especialmente ao argumento de que o profissional que avaliou o quadro clínico do paciente teria mais condições de dizer sua necessidade. Tal postura tem se verificado desde o início dos casos de judicialização da saúde perante o TJES, conforme já indicamos no comentário ao último julgado do primeiro grupo de acórdãos transcritos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PRESENTES. PACIENTE PORTADORA DE PATOLOGIA QUE GERA INFERTILIDADE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO PELO MUNICÍPIO. HIPOSSUFICIÊNCIA PARA A AQUISIÇÃO. ADMISSIBILIDADE. A CF GARANTE O DIREITO À VIDA, À SAÚDE, À FAMÍLIA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em relação aos requisitos da antecipação, sabe-se que estes são a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação. Compulsando os autos, verifica-se que todos estes estão presentes. 2. A Apelada apresenta patologias que a impossibilitam de ter uma gravidez natural, necessitando da realização do tratamento, o mais breve possível, haja vista que já conta com idade avançada para tanto. 3. Não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho, tendo em vista que a pretensão de obter o tratamento para fertilização *in vitro* não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público. 4. A saúde deve ser considerada direito inalienável e subjetivo, de forma que, à luz dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196, de nossa Carta Magna, o direito à saúde, à família, à saúde e à dignidade, como espécie dos direitos sociais, restam incluídos entre os direitos e garantias fundamentais e, portanto, têm aplicação imediata. 5. Recurso ao qual se nega provimento. (TJES – Apelação nº 0000936-21.2010.8.08.0052 – Terceira Câmara Cível – Julgado em 16/10/2012 – Rel. Willian Silva).

O julgado corrobora o comentário feito com relação ao segundo acórdão desse bloco, ilustrando, a partir de decisão judicial que determinou ao poder público municipal custear tratamento de fertilização *in vitro*, a ampla diversificação dos pleitos judicializados e a ilimitada cobertura que o Poder Judiciário tem reconhecido ao direito da saúde.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. PRESSUPOSTOS DA TUTELA DE URGÊNCIA. EXISTÊNCIA. AUTONOMIA DO PODER EXECUTIVO NA ADMINISTRAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. LIMITES. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA. RECURSO PROVIDO. 1. Requisição médica é prova suficiente para autorizar a concessão da tutela de urgência determinando a realização de exames imprescindíveis ao gozo do direito à saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Federal. 2. Não ofende a Constituição, em qualquer de seus princípios, o exercício do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário quando este apenas impõe ao Poder Executivo que dê cumprimento àquelas políticas fixadas pelo constituinte originário, no caso, as vinculadas ao direito fundamental à saúde como condição de assegurar a dignidade humana. 3) Recurso provido. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0031650-05.2012.8.08.0048 – Terceira Câmara Cível – Julgado em 04/12/2012 – Rel. Des. Roberto Fonseca Araújo).

Esse acórdão tem por finalidade demonstrar que, no período de 2011 a 2013, não obstante as inovações ocorridas na jurisprudência sobre a matéria, especialmente quanto à amplitude dos pleitos judicializados, permaneceu no TJES o entendimento pacificado no sentido de conferir efetividade ao direito da saúde em ampla extensão, tendente a deferir a providência solicitada conforme prescrito por profissional médico em receituários e encaminhamentos, defendendo que tal ato não implica violação da independência dos Poderes, por tratar-se de comando do Judiciário que apenas exige do Poder Executivo a realização de obrigação que já lhe foi imposta pela própria Constituição.

ADMINISTRATIVO/CONSTITUCIONAL/PROC. CIVIL - REMESSA NECESSÁRIA/APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE FORNECIMENTO DE APOIO EDUCACIONAL INDIVIDUAL - MENOR PORTADOR DE MOLÉSTIA CARACTERIZADORA DE HIPERATIVIDADE - DIFICULDADE NO APRENDIZADO - SEQUELAS DE ASFIXIA PERINATAL E PREMATURIDADE - COMPROVAÇÃO POR LAUDOS - SENTENÇA CONCESSIVA - NECESSIDADE DE FIXAÇÃO CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DAS REAIS NECESSIDADES PERIODICAMENTE - OBSERVÂNCIA DO ANO LETIVO - FORMATAÇÃO DE EQUIPE MULTIDISCIPLINAR - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. 1 - Tanto a Constituição Federal (art. 208, III, etc.), quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº8.069/90, além de outras normas, preveem o direito à atenção especial para aqueles que portam algum tipo de deficiência, sendo esse um dever estatal concebido dentre as garantias fundamentais, como forma de promover o desenvolvimento humano. 2 - Em se tratando de concepção de sistema de ensino especial, sabendo-se que o ser humano possui capacidade de

melhorar, estabilizar ou, até mesmo, agravar no seu quadro adverso de saúde, é preciso estabelecer uma sistemática periódica de avaliação, como forma de melhor calibrar o modelo especial de ensino a ser prestado.³ - Deverá a Administração Municipal providenciar uma ampla avaliação anual das condições do menor, integrando as áreas da medicina (neurologia/psiquiatria, etc.), da psicologia e da pedagogia, como forma de se ofertar o programa mais adequado ao pleno desenvolvimento educacional do impetrante. 4 - Recurso provido parcialmente. (TJES – Apelação nº 0000605-83.2011.8.08.0026 – Segunda Câmara Cível – Julgado em 16/12/2012 – Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon).

O julgado que acabamos de transcrever também segue a linha de ilustrar a amplitude dos pleitos de saúde levados à apreciação do Tribunal capixaba. No caso, foi solicitado pela parte e deferido pelo Tribunal que o Município adotasse providências de ordem pedagógica, como medida destinada à estabilização ou melhora de problema de saúde (hiperatividade) que acometia aluno de instituição de ensino pública.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. SAÚDE PÚBLICA. MARCAÇÃO DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA DA COLUMNA CERVICAL. NECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DA URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. RESPEITO À ORDEM DA FILA DE ESPERA. NECESSIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Não demonstrado o caráter de urgência e os riscos suportados com o indeferimento do pedido, não se justifica o desrespeito à ordem da fila de espera estabelecida para marcação do exame de ressonância magnética da coluna cervical, em detrimento de outros que há mais tempo aguardam sua vez. 2. *In casu*, os dados apresentados não se mostram aptos a legitimar o acolhimento da medida liminar (realização de exame), visto que não restou demonstrado seu caráter emergencial, mormente considerando que o documento de fls. 10 e 12 trata somente de uma requisição de exame, sem, contudo, demonstrar a situação crítica de saúde da paciente a ensejar a urgência pretendida. 3. Ademais, o ente estatal não está negando a fazer o exame de ressonância magnética ou ainda se recusando a fazer o agendamento, logo, não se trata de descumprimento dos direitos e garantias constitucionais. Na verdade, por questões administrativas, foi adotado políticas de organização de filas. 4. Não pode o Poder Judiciário tomar qualquer medida que caracterize violação a princípios constitucionais, até porque na fila de espera poderão existir pessoas em situação pior do que aquela que se socorreu da Justiça amparada pelo Ministério Público. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0035464-25.2012.8.08.0048 – 2ª Câmara Cível – Julgado em 30/04/2013 - Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon).

Esse documento de jurisprudência reforça o comentário que fizemos quanto à transcrição do primeiro acórdão deste bloco, no sentido de destacar o aumento do número de decisões de mérito do Tribunal do Espírito Santo contrárias a providências de saúde pleiteadas pelo cidadão em face do Poder Público, a partir de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À SAÚDE - POLÍTICAS PÚBLICAS - ADOLESCENTES ALCOÓTRAS E TOXICÔMANOS - MUNICÍPIO DE MUQUI - AUSÊNCIA DE ASSINATURA NAS AZÕES RECURSAIS - VÍCIO SANÁVEL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA NECESSIDADE CONCRETA DO MUNICÍPIO DE IMPLEMENTAR CONVÊNIOS PARA TRATAMENTO DE DEPENDENTES QUÍMICOS - FALTA DE PROVAS QUE PREJUDICA A ANÁLISE DO GRAVAME SOCIAL - INDEVIDA INTROMISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM ATRIBUIÇÃO DE OUTROS PODERES - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - A falta de assinatura nas razões de apelação é vício plenamente sanável nas instâncias ordinárias. Precedente do c. STJ. 2 - Em matéria de direito à saúde, é solidária a responsabilidade de todos os entes da federação, podendo a parte demandar contra uma ou contra todas as esferas de governo, afastada a competência da Justiça Federal. Precedente do e. TJES. 3 - A prerrogativa de formular e executar políticas públicas é do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Possível ao Poder Judiciário, entretanto, em hipóteses excepcionais, determinar a implementação de políticas públicas definidas na CF, sem que tal importe em violação ao princípio da separação dos poderes. Precedentes do e. STF e do e. TJES. 4 - A hipótese dos autos, contudo, em que, simplesmente, inexistem provas da atual, objetiva e concreta situação dos adolescentes dependentes químicos do Município de Muqui, inclusive a falta de dados estatísticos sobre o gravame social descrito na petição inicial, dificultando, até mesmo, os parâmetros a serem seguidos para cumprimento da ordem judicial, revela indevida intromissão do Poder Judiciário em atribuição que não lhe é atribuída constitucionalmente, violando, assim os arts. 2º, 5º, II, 30, I, 37, 61, § 1º, II, todos da CF. 5 - Sentença reformada. 6 - Pedido julgado improcedente. 7 - Recursos conhecidos e providos. (TJES – Apelação nº 0000879-22.2008.8.08.0036 – Primeira Câmara Cível – Julgado em 14/05/2013 - Rel. Des. Willian Couto Gonçalves).

O acórdão em questão serve para registrar que a judicialização da saúde relacionada com o tratamento de dependentes químicos, que passou a se verificar no Tribunal de Justiça capixaba com relevância de volume a partir do final da década de 2000, conforme anotamos no comentário ao último acórdão do bloco anterior, ganhou ainda mais campo entre 2011 e 2013, figurando entre as questões comumente presentes nos processos judiciais referentes ao Direito da saúde nesse período.

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS. RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO JUDICIAL. ARBITRAMENTO EM VALOR QUE ATENDA AO FIM A QUE SE DESTINA. APELAÇÃO VOLUNTÁRIA E REMESSA EX OFFICIO CONHECIDAS E IMPROVIDAS. I. Segundo se extrai do texto constitucional, notadamente em seus artigos 6º e 196º, compete ao ESTADO (compreendido aí, a União, os Estados, o Distrito Federal) assegurar a saúde do cidadão, por figurar como um dos direitos indisponíveis que compõe o mínimo existencial da pessoa humana. II. Este Egrégio Tribunal de Justiça vem se manifestando pela responsabilidade do Ente público em fornecer gratuitamente FRALDAS DESCARTÁVEIS ao cidadão, notadamente quando demonstrado pelo mesmo que a sua utilização é imprescindível e que não possui condições financeiras para adquiri-las. III.

In casu, o Laudo Médico acostado aos autos (fl. 14), subscrito por médico credenciado junto ao Município de Cachoeiro de Itapemirim-ES, é suficiente para comprovar a necessidade do Impetrante na utilização das fraldas geriátricas descartáveis, mormente em virtude das enfermidades acometidas à sua pessoa (Incontinência urinária e Demência senil) e à sua avançada idade (92 anos). IV. O arbitramento de multa diária para os casos de descumprimento da ordem judicial não deve se dar em valor ínfimo, ou seja, em quantia irrisória que não cumpra o fim a que foi estabelecida, assim como também não deve se mostrar excessiva, a ponto de causar o enriquecimento sem causa da parte contrária. V. Na hipótese, a evidência de que o valor da multa tem cumprido o fim a que foi estabelecida, são os documentos de fls. 24 e 36, os quais revelam que o Recorrente tem disponibilizado as ditas FRALDAS, segundo a necessidade do Impetrante, sendo forçoso concluir que o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) tem atendido perfeitamente aos parâmetros em questão. VI. Apelação Voluntária e Remessa Ex Officio conhecidas e improvidas. (TJES – Mandado de Segurança nº 0016202-40.2011.8.08.0011 – Segunda Câmara Cível - Julgado em 18/06/2013 – Rel. Des. Namy Carlos de Souza Filho).

A transcrição do acórdão em questão tem duas finalidades importantes: a primeira é indicar mais um tema comumente apreciado pelo Tribunal do Espírito Santo em matéria de saúde, ou seja, o fornecimento de fraldas, o qual, na contabilização realizada pela Tabela 5, foi enquadrado sob a designação de “Medicamentos” e, nesse sentido, está a segunda finalidade, demonstrar que os pleitos dos cidadãos relacionados com “Medicamentos” (remédios, fraldas e alimentos especiais) continuou a figurar entre os principais temas da judicialização da saúde no âmbito do TJES, entre 2011 e 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. ESQUIZOFRENIA PARANOIDE. TRATAMENTO SEM MELHORAS. LAUDO MÉDICO. INDICAÇÃO PARA SESSÕES DE ESTIMULAÇÃO MAGNÉTICA TRANSCRANIANA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Saúde direito de todos e dever do Estado. Garantia constitucional, que engloba União, Estados membros e Municípios. Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Município. II - O fornecimento de tratamento médico gratuito às pessoas necessitadas constitui-se em responsabilidade solidária dos entes públicos, derivada do artigo 196 da CF/88. III. Paciente portador de esquizofrenia paranoide com alucinações auditivas persistentes. Submissão a diversos tratamentos, sem alcançar melhora. Indicação médica para sessões de estimulação magnética transcraniana, na tentativa de alívio dos sintomas. III - *In casu*, constata-se a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, razão pela qual, mister a manutenção da antecipação de tutela deferida pelo Juízo *a quo*. IV - Recurso conhecido e improvido. (TJES – Agravo de Instrumento nº 0031925-56.2013.8.08.0035 – Quarta Câmara Cível – Julgado em 25/11/2013 – Rel. Des. Jorge Henrique Valle dos Santos).

O último acórdão transcrito reforça mais uma vez nossa constatação sobre a ampliação da diversidade de temas de saúde judicializados e sobre a abrangência que vem sendo reconhecida a tal direito pelo Tribunal do Espírito Santo, conforme já

apresentamos nos comentários ao 2º, 4º e 6º julgados deste bloco, valendo chamar a atenção para o fato de que essa ampliação de assuntos judicializados está devidamente sinalizada na Tabela 5, na qual se indica que, a partir do ano de 2010, crescem significativamente os acórdãos sobre “Procedimentos” (cirurgias, internações, próteses, tratamentos médicos de forma geral etc.), chegando a superar, em 2013, o número de decisões sobre “Medicamentos”, que até então tinham hegemonia no trato da matéria.

Uma vez apresentados os números da pesquisa consolidados e alguns julgados exemplificativos, embora a avaliação analítica dos achados não seja o objeto direto do nosso estudo, com o cuidado necessário para não nos desviarmos de nossa rota metodológica, entendemos que, ao menos, algumas observações periféricas são importantes de serem compartilhadas para a melhor compreensão do todo.

Nesse sentido, pontuamos que, entre 1988 e 2002, de acordo com os Ementários de Jurisprudência que apreciamos, eram raros os processos que tramitavam perante o Judiciário capixaba, especialmente pelo Tribunal de Justiça, pertinentes ao direito fundamental à saúde¹⁷⁷; talvez pela novidade desse direito na Carta Constitucional de 1988, pelo tempo natural de conhecimento pela sociedade em geral e de maturação entre os profissionais jurídicos.

Crescendo progressivamente ao longo dos anos seguintes, os processos referentes ao Direito da saúde passaram a tramitar de forma expressiva no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo a partir da segunda metade da década de 2000, a ponto de podermos caracterizar tal momento como fase inicial do fenômeno da judicialização da saúde no Judiciário capixaba. Nesse tempo, porém, eram predominantes os pleitos relativos ao fornecimento de medicamentos (remédios), o que pensamos que pode ter sido reflexo da fase de adaptação, experimentação da sociedade e das instituições com relação a tal direito, e da correspondente ausência do conhecimento prático de sua extensão.

¹⁷⁷ Nossa pesquisa verificou que, nesse tempo, predominavam, na segunda instância do Judiciário capixaba, as disputas relacionadas ao direito possessório, com os acidentes de trânsito, o direito de família e os direitos de servidores públicos.

É a partir do ano de 2010 que se avolumam, em nosso Judiciário Estadual, em especial no Tribunal de Justiça, os processos de judicialização da saúde, consolidando o fenômeno que já antes vinha despertando, de modo cada vez mais amplo, o interesse de acadêmicos, profissionais, agentes públicos e políticos, instituições, entidades e cidadãos relativamente a sua ocorrência, seu manejo e seus efeitos. A partir daí, quando imaginamos já estar consolidada a relação do brasileiro e de suas instituições com o direito fundamental à saúde estabelecido pela Constituição Federal de 1988, há uma ampliação dos pleitos de saúde levados pelos cidadãos ao Judiciário, de modo que, não mais tão destacada, a solicitação de medicamentos (agora ampliada para o fornecimento de fraldas, alimentos especiais e outros) recebe a companhia, em escala considerável, de pedidos de realização de cirurgias, fornecimento de cadeira de rodas, internação em clínicas e hospitais particulares, implantação de políticas de repercussão sobre a saúde coletiva, como a construção de hospitais, ações de combate à poluição ambiental e saneamento básico, entre outras. O direito fundamental à saúde no Brasil está consolidado e o cidadão brasileiro tem entendido que o parâmetro a ser buscado atualmente é o da sua efetivação, seja pela via dos “Poderes de governo”, Executivo e Legislativo, seja pela via do “Poder de controle e garantia”, o Judiciário.

Após percorrermos o rastro histórico da judicialização da saúde no Tribunal de Justiça do Espírito Santo pela apuração de seus acórdãos sobre o tema, é de se destacar que a historiografia ainda reservou uma grande contribuição para a investigação que realizamos. Falamos do discurso do então corregedor geral da Justiça do Estado do Espírito Santo, desembargador Hilton Sily, nas comemorações do 100º aniversário do Tribunal de Justiça capixaba, em 1991.

Pela retórica do corregedor na ocasião, é possível perceber que o Judiciário capixaba se comportou com altivez, senso de responsabilidade, entusiasmo na absorção e emprego da ampliação das suas competências e responsabilidades pela ordem constitucional de 1988. Aliás, em seu discurso comemorativo, tanto quanto ou mais que o 100º aniversário do Tribunal de Justiça, o Desembargador Hilton Sily celebra a nova dimensão institucional conferida ao Poder Judiciário pela Carta Política de 1988, não deixando, porém, de alertar, em tom premonitório, a própria magistratura, de que a autonomia e a nobreza que lhe foram reconhecidas, como também as atribuições

que lhe foram confiadas, devem ser utilizadas somente, e sempre, sem personificação da justiça com sentimentos, desejos ou convicções pessoais, em harmonia com as demais disposições constitucionais. São trechos do discurso:

Aí está posta a profunda diversidade que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para impor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos dos cidadãos.

É por isto que na grande União Americana, com razão, se considera o Poder Judiciário como pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender, com eficácia, a liberdade e a autonomia individual. Ao influxo de sua real soberania, desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo.

Em 1891, vínhamos do Império, onde a Justiça não tinha nenhuma expressão política. Era um poder que se limitava a dirimir controvérsias do direito privado, de modo que os atos da Administração Pública escapavam, por inteiro, ao seu controle. E, de chofre, pela instituição da República, o Poder Judiciário foi elevado a plano de excepcional importância na vida política do País. Atribuiu-se-lhe, ao lado da função que já era sua, de mero dirimidor das questões privadas, uma outra, de maior importância: a de guardar os direitos individuais contra as infrações decorrentes de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive e notadamente, quando esses atos afetassem textos constitucionais. Isto equivalia, de certo modo, a fazê-lo fiador da seriedade mesma do regime como construção política, pois ao declarar a prevalência da Lei Suprema em face de atos legislativos ou administrativos que a afetavam, o que fazia o Judiciário era preservar as próprias instituições republicanas, pela contenção dos demais poderes nas suas órbitas estritas de ação e pela garantia ao indivíduo da sobrevivência dos seus direitos, fossem quais fossem as prevenções contra ele armadas.

O Poder Judiciário é, realmente, uma instituição basilar da nação brasileira, fator prevalente da sua estabilidade, cumprindo-nos ampliar os horizontes, aprimorar, atualizar o que já se fez, sem perder contato com as raízes, que, em verdade, dão as dimensões de seus fundamentos e constituem o alicerce propiciador de seu desenvolvimento.

É realidade incontroversa, decorrente de nossa organização constitucional, que o Poder Judiciário, muito embora vencendo obstáculos, foi aquele que mais eficiência demonstrou, desde o momento em que o Brasil emergiu como nação livre, na sua missão de controle entre o Estado e o indivíduo, entre a autoridade e a liberdade, entre a administração e a lei.

Nenhum dos outros poderes constitucionais desempenhou, até agora, tão bem a missão, como o Poder Judiciário, resultado do critério de sua formação, eminentemente adstrita à seleção técnica e a sólidas bases institucionais, alicerçadas nas mais puras tradições do nosso povo. E esse apego às origens é que permite o contínuo ajustamento do Judiciário ao meio e às transformações sociais.

[...]

A Constituição atual, mais do que qualquer outra, fez do Judiciário o fiador da reconstrução nacional. Atribui-se-lhe grande poder. Por isso mesmo, também, pesado dever: de fidelidade e destemor, para comunicar vida e eficácia às normas, que de nada servirão, ainda que generosas, se não as animar a palavra transformadora do Poder Judiciário.

[...]. À atual geração de magistrados foi atribuída gravíssima responsabilidade: o exercício da cidadania, assegurado amplamente no texto constitucional, depende, fundamentalmente, do Judiciário e de seus juízes.

A Constituição vigente, de incontestável grandeza, será pequena e mesquinha se não receber a inspiração renovadora do Poder Judiciário.

[...]

Menor não é a responsabilidade do Judiciário: se os primeiros falharem, caber-lhe-á, autorizado pelos princípios, antecipar-se aos fatos, sob o risco de, mais cogente do que as normas, aqueles a estas ultrapassarem, deixando-as para trás.

Última trincheira do cidadão na defesa dos direitos e garantias fundamentais, ele pode fazer do velho o novo, restaurando o estado de esperança, sem o qual, a rigor, não haverá estado de direito.

[...]

A complexidade dos problemas que afloram nos Pretórios está a exigir, do magistrado de hoje, um preparo sempre crescente e renovado, nos variados ramos do saber e com incursões especializadas em setores específicos.

Certo está, porém, que a ampla liberdade de apreciar o ordenamento positivo não autoriza o arbítrio da autoridade judiciária de qualquer nível, de molde a decidir fora dos limites que lhe traça a compreensão admissível da Constituição e das leis válidas. Se é exato, destarte, que o Juiz, na fase republicana brasileira, não há de ser autômato, na aplicação da lei, senão que lhe cumpre, por primeiro, verificar sua conformidade com a Constituição, não é menos procedente, de outra parte, que o Juiz, enquanto órgão do Poder Judiciário, não está autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça mais justa ou mais conveniente para resolver a hipótese em exame. A autoridade do Juiz decorre da Constituição e das leis em conformidade com a Carta Magna. A só investidura como autoridade judiciária não lhe empresta aptidão a decidir, discricionariamente, tão-só, por invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem da lei validade (isto é, conforme a Constituição), aplicável à espécie. De contrário, seria admitir, desde logo, a substituição do legislador pelo juiz, com evidente desconsideração ao preceito básico do sistema democrático relativo à separação e harmonia dos poderes, cuja aplicação há de dar-se nos limites deferidos na Constituição (GURGEL, 2014, p. 43-53).

Verdade é que as reflexões do desembargador Hilton Sily, em discurso proferido há cerca de 27 anos, parecem resumir de maneira precisa aquela que talvez seja a maior questão em aberto no âmbito da judicialização da política de modo geral, isto é, a necessidade de que a assunção pelo Poder Judiciário da dimensão, da autonomia e da competência institucional que lhe conferiu a Constituição Federal de 1988 respeite

os freios e os contrapesos, também de ordem constitucional, estabelecidos para que os direitos, as estruturas e as diretrizes que organizam a República brasileira sejam garantidos e efetivados em favor dos cidadãos, de forma conjunta e harmoniosa, sem exclusão ou supressão. Afora isso, a mensagem transcrita permite-nos aferir que tal debate tem, desde o limiar da atual constituinte, atravessado os tempos históricos que se seguiram, manifestando-se obviamente em cada momento de acordo com a realidade cultural, política, religiosa e econômica vivenciadas pela sociedade brasileira.

Fato é que, com tudo isso, os resultados das investigações que empreendemos sobre a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em processos relacionados com a saúde nos permitiram o entendimento de que a judicialização do tema e, nesse sentido, o desempenho do Tribunal, ao longo dos primeiros 25 anos da Constituição brasileira de 1988, representaram sim um instrumento de efetivação da cidadania, ou melhor, da “cidadania pela saúde”, para aqueles que se lançam na via judicial em busca da efetivação de tal direito.

Até pelo fato de que o alicerce deste trabalho está firmado especialmente na ciência da História, não vamos avaliar aqui se a judicialização segmenta a cidadania, se confere direito a uns em detrimento de outros, se promove a efetivação de algumas garantias constitucionais ao custo da inocorrência de outras. A base de nossa conclusão neste trabalho é a legitimação do Poder Judiciário pela Constituição para garantir a efetivação dos direitos em favor dos seus titulares, em especial os direitos tidos como fundamentos da República brasileira, entre os quais a saúde, e a confirmação que tivemos, ao longo da pesquisa, de que quem reclama à Justiça providências em prol de sua saúde, fazendo prova de seu direito, tem sido atendido como cidadão.

Não se está dizendo, com isso, que a judicialização pode garantir o cidadão pleno idealizado por T.H. Marshal, de forma alguma, mas, por tudo que vimos ao longo deste trabalho, não se pode olvidar que a judicialização tem provocado, no titular do direito cujo pleito é atendido pela decisão de um magistrado, sentimentos de saciedade e de participação próprios da cidadania, ainda que restritos ao objeto do litígio. Na nossa percepção, o que tem propagado o fenômeno da judicialização nas alarmantes proporções em que o constatamos é, justamente, esse sentimento de ser cidadão, ou

a necessidade dele, ainda que a cidadania experimentada por essa via possa ter reveses para o beneficiário da ordem judicial, para o Estado nacional ou para a sociedade.

Nesse contexto, o que estamos autorizados pelo nosso estudo a esclarecer e alertar é que a via judicial não foi desenhada pelo sistema constitucional de 1988 como a porta principal de entrada para a cidadania brasileira, e sim como uma espécie de acesso alternativo a ser utilizado apenas no caso de não funcionamento da passagem própria. Desse modo, o Poder Judiciário não deve comportar o fluxo de acesso contínuo e crescente como tem ocorrido, e muito menos desejar isso para si, como parece acontecer em alguns momentos; é que não tendo o preparo que a porta principal recebeu da Constituição para a atividade, pode, a depender do fluxo e do modo de atendimento, não conferir ao cidadão o acesso com a mesma qualidade que a via própria ou alterar o fluxo de entrada no edifício da cidadania de modo indevido, obstruindo a circulação pelos diversos cômodos de direitos que o integram e provocando o colapso de seu funcionamento ou, até, o desmoronamento de sua estrutura.

Nossa percepção é de que todo o percurso que fizemos nesta seção permitiu-nos compreender o fenômeno da judicialização da saúde e verificar a forma como tem ocorrido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo ao longo da história. Somando tais conhecimentos àqueles que obtivemos nas seções anteriores, ou seja, referentes à história do Direito à saúde no Brasil, com a interdisciplinaridade científica presente no objeto pesquisado e com a saúde como elemento de cidadania na Constituição brasileira de 1988, sentimos que nossa jornada acadêmica sobre o tema “a história da saúde como direito fundamental no Brasil: a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e a efetivação da cidadania nos primeiros 25 anos da Constituição de 1988” chega ao fim com os resultados pretendidos e o êxito desejado.

O que nos resta, então, além permanecermos sempre em busca de mais conhecimento, é desejar que outros se dediquem ao estudo do tema, que outras e mais outras pesquisas sejam realizadas sobre a matéria, pois ainda há muito que a História e o Direito, assim como diversas outras ciências, de forma separada ou conjunta, podem contribuir quanto à compreensão da judicialização da saúde e,

especialmente, à construção de uma sistema de saúde pública mais eficiente, que expresse de fato — e em qualquer contexto — a efetivação do direito fundamental à saúde e da cidadania, garantidos aos brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Que assim seja!

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizar este trabalho foi como fazer uma longa viagem no tempo. Uma viagem de trem — o trem da história —, assentado à janela com boa visibilidade para ver tudo o que vinha pela frente e logo ficava para trás; uma viagem com paradas em estações pré-determinadas, nas quais subiam ao vagão novos personagens e se descortinavam fatos e realidades próprios de cada tempo histórico visitado. Após os preparativos concernentes ao caminho a ser trilhado, partimos da estação relacionada com o percurso histórico da saúde até se tornar direito fundamental no Brasil, representada na segunda seção do nosso trabalho. Nesse ponto, visitamos traços importantes da História da política de saúde brasileira entre o Império e a República de 1988.

De maneira resumida, apuramos que, no início desse período, as políticas de saúde, tão quanto ou mais do que o atendimento das necessidades da população, tinham por finalidade a satisfação de interesses político-econômicos da nação, relacionados, conforme o momento, com a necessidade de atração de estrangeiros para ocupação territorial e substituição da mão de obra escrava ou com ideia de conferir ao Brasil, através da salubridade de suas principais cidades e portos, ares de modernidade e progresso próprios dos países desenvolvidos, que indicassem a qualidade dos nossos produtos e favorecessem a expansão da economia.

Conhecemos, também, as disputas entre a medicina oficial e os “charlatões”; a relação recíproca de interesses entre a elite médica e o governo em torno das políticas de saúde; as epidemias que se proliferavam, favorecidas pela expansão urbana desordenada; o insuficiente número de profissionais e de estruturas de saúde então existentes e a miséria e pouca instrução da população brasileira. Investigamos as políticas sanitárias de prevenção, contenção e fomento, juntamente com suas repercussões sociais, destacando, entre outras, a “Revolta da Vacina”, a “Era do Saneamento” e o início da política de saúde previdenciária, desenvolvida por meio das Caixas de Assistência e dos IAPs.

Ainda nesse primeiro momento de nossa viagem, verificamos a criação de estruturas e o desenvolvimento de ações governamentais de saúde, os momentos de centralização e descentralização administrativa da política sanitária brasileira, a

terceirização de serviços de saúde para o setor privado e as constantes ocorrências de burocratização excessiva, a corrupção, a exclusão/inacessibilidade de grande parte da população da rede de atendimento e a contínua obtenção de resultados insuficientes. Compreendemos o momento histórico de elaboração da Constituição brasileira de 1988 e a movimentação social em torno da política de saúde que estava sendo construída. Verificamos, diretamente no texto constitucional vigente, a elevação da saúde ao patamar de direito fundamental, especialmente nos seus art. 6º e 196, e sua conexão com outros elementos constitucionais, como a cidadania e a dignidade humana, além da competência do Poder Judiciário para garantir a efetivação desses direitos. Enfim, conhecemos os contornos da política de saúde brasileira no Império e nas Repúblicas democráticas e ditatoriais vivenciadas, com seus momentos de luta social, esperança, desilusão e construção, alternando-se ou conjugando-se ao longo da história.

Adquiridos esses conhecimentos após o primeiro trecho da nossa viagem, fizemos parada na segunda estação, dedicada à interdisciplinaridade entre as ciências da História e do Direito, inerente ao objeto central de nossa pesquisa, isto é, a História da saúde como direito fundamental no Brasil e a efetivação da cidadania pelo Poder Judiciário nesse contexto. Sintetizando, compreendemos inicialmente que a História trabalha com a apuração e a transmissão dos fatos ocorridos na vida humana, moldurando-os pelos aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos próprios do seu tempo, e o Direito dedica-se à organização do Estado-nação e à pacificação social, utilizando como instrumento a efetivação das normas jurídicas estabelecidas com essa finalidade.

Nesse contexto, compreendemos que a interdisciplinaridade promove a junção de mais de uma disciplina/ciência, com a finalidade de possibilitar o conhecimento de um objeto com variadas faces. Essas ciências atuam de forma conjunta e se alimentam mutuamente, uma fornecendo à outra os elementos de compreensão e desenvolvimento próprios de seu campo, que são indispensáveis à obtenção do resultado. Na interdisciplinaridade, duas ou mais ciências trabalham juntas, em igual proporção, para obtenção do resultado de interesse comum, ainda que sob aspectos próprios de cada uma delas individualmente.

Na nossa pesquisa, a História fornece ao Direito elementos de estruturação, compreensão e interpretação da saúde como direito, sem os quais a ciência jurídica não poderia efetivar sua natureza de controle, proteção e justiça sobre o segmento. Por sua vez, o Direito serve à História na medida em que lhe permite conhecer o modo como se realiza o direito fundamental à saúde no Brasil, especialmente sob o manto da cidadania, descortinando os meandros dos processos judiciais, o funcionamento dos tribunais e o comportamento dos profissionais jurídicos (juízes, membros do Ministério Público e advogados) e das partes envolvidas (indivíduo, sociedade e Estado) em processos relacionados com a matéria. Assim, concluímos que, em torno do objeto central do nosso trabalho, História e Direito exercem relação de interdisciplinaridade natural e indissociável, em nível de harmonia, coexistência, complementaridade e interdependência capaz de assegurar a obtenção do resultado pretendido pela pesquisa e de produzir bons efeitos em ambas as searas.

Chegamos à terceira estação de conhecimento que recebeu o trem da nossa pesquisa, agora destinada à compreensão da saúde como elemento de cidadania na Constituição brasileira de 1988. Aqui, de início, direcionamos o estudo para obter noções gerais de cidadania, pesquisando a manifestação histórica de tal instituto ao longo das civilizações, descobrindo conceitos, verificando teorias, formas e práticas sociais pertinentes à cidadania ao longo do tempo. Percorremos, desde a cidadania do povo hebreu, passando pelo modelo inglês, segmentado no escalonamento rígido dos direitos civis, políticos e sociais, apontado por T.H. Marshall (1988) como modelo de cidadania a ser seguido, até chegar na cidadania brasileira, com ordem de escalonamento de direitos invertida, que confere o primeiro plano aos direitos sociais, com forte dependência do cidadão ao Estado, caracterizando o que José Murilo de Carvalho (2017) classificou como “estadania”.

Conhecemos também que, na conceituação da cidadania de T. H. Marshall, o cidadão pleno seria somente aquele que detivesse concomitantemente direitos civis, políticos e sociais, porém discordamos desse posicionamento, acompanhando a doutrina majoritária sobre o assunto, no sentido de que o dinamismo da cidadania e sua capacidade de manifestação, de acordo com os diferentes aspectos culturais e temporais de cada povo em que se realiza, são incompatíveis com a ideia de um modelo rígido ou de classificação de cidadãos. No mais, compreendemos que, tendo

Constituição Federal de 1988 consagrado a saúde como direito fundamental do povo brasileiro e sendo a cidadania a garantia de participação e de exercício de direitos em um Estado nacional, o direito à saúde inegavelmente se caracteriza como elemento de configuração e realização da cidadania no Brasil. Neste ponto, aprofundamos o estudo do direito fundamental à saúde, inclusive em relação às teorias que gravitam em seu entorno, como o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição do retrocesso, identificando a legitimação do Poder Judiciário como guardião da ordem jurídica constitucional, para prover a efetivação de tal direito em favor do cidadão, nos casos em que a sua não realização pelas vias naturais tiver ocorrido de forma indevida.

Chegamos, então, à última estação de nossa viagem, aquela destinada ao conhecimento da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em processos de judicialização da saúde nos primeiros 25 anos da Constituição Federal de 1988. Logo trouxemos a bordo conhecimentos sobre a judicialização da saúde em si. Investigamos mais a fundo o fenômeno, confirmamos a legitimidade do Poder Judiciário para provimento do direito da saúde, avaliamos o comportamento dos sujeitos relacionados com esses processos judiciais e apuramos números da judicialização, compreendendo seus impactos nas estruturas de governo, na sociedade e no próprio Judiciário.

A partir daí, buscamos conhecer a história institucional do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, reunindo informações sobre sua implantação, composição, estrutura, organização, suas competências e atribuições em diversos tempos históricos, de modo a compreendermos melhor a atuação do órgão. Nesse contexto, também investigamos o comportamento do Tribunal de Justiça capixaba por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, identificando que a instituição recebeu com altivez, entusiasmo e senso de responsabilidade a nova ordem constitucional e a ampliação institucional do Poder Judiciário que ela promoveu. Por último, conhecemos de modo direto a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo nos processos relacionados com o Direito da saúde, avaliando os acórdãos sobre o tema, proferidos pelo órgão entre 1988 e 2013.

O resultado dessa análise foi apresentado tanto de forma quantitativa, na Tabela 5, organizada para a exposição do número de acórdãos proferidos ano a ano, com

individualização da temática de saúde neles abordada, e o resultado de deferimento ou indeferimento da postulação em face do Poder Público, bem como qualitativa, quando realizamos a exposição de 25 acórdãos, proferidos nos primeiros 25 anos da Constituição de 1988, para ilustrar os números apresentados na Tabela 5 e proporcionar uma melhor compreensão material sobre a temática.

Após tudo isso, nossa viagem terminou. A ideia dessas considerações finais não é simplesmente repetir o que já foi dito nas quatro seções que compõem o desenvolvimento deste trabalho; muito além, procura mapear a ampla e significativa rota que seguimos, até para que possamos dimensionar de maneira adequada os resultados que obtivemos. Com o trem já parado na última estação, ao trazer à memória tudo que conhecemos no percurso relatado, podemos ainda sintetizar nossa viagem pela história da saúde como direito fundamental Brasil e sua realização no âmbito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, com as seguintes considerações:

- A trajetória da saúde até sua consolidação como direito fundamental pela Constituição brasileira de 1988 não significa um processo evolutivo, mas sim linear, como variações decorrentes da representação do tema, de acordo com as manifestações políticas, sociais, culturais e econômicas vivenciadas em cada tempo histórico percorrido.
- O estudo da História da saúde como direito fundamental no Brasil carrega a indissociável interdisciplinaridade entre História e Direito, a qual se apresenta como relação de cooperação mútua, em que a primeira fornece ao segundo os fatos e os ambientes de construção de tal direito e a segundo fornece à primeira o modo de efetivação da norma e suas repercussões, sendo que somente com esses conhecimentos reunidos é possível para ambas as ciências estudarem e compreenderem o tema em destaque.
- Saúde e cidadania são direitos fundamentais do povo brasileiro. Cidadania é a legitimação do indivíduo para participar ativamente da realização do Estado, como integrante titular de deveres e de direitos. A saúde, na amplitude subjetiva do conceito, significa o direito de acesso a condições vida com dignidade e satisfação. Logo, no âmbito da Constituição de 1988, saúde e cidadania se entrelaçam, se complementam e se correspondem; é a “cidadania pela saúde”. Ao exercer o direito à saúde, o indivíduo é reconhecido como cidadão, ao

mesmo passo em que, ao ter esse direito negado, é desconsiderado como tal. Como direitos estabelecidos no ordenamento constitucional, saúde e cidadania podem e devem ser garantidas pelo Poder Judiciário, em segundo plano, quando não conferidas pela via natural de forma indevida.

- A legitimidade do Poder Judiciário para prover o Direito da saúde não é a via originária da prestação de tal direito. Deve ser exercida sempre dentro de balizas estabelecidas pela própria Constituição, como a legitimidade em primeiro plano dos Poderes Executivo e Legislativo para realização de tal política pública, assim como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros.
- Sem adentrar no mérito dos debates sobre teorias jurídicas ou administrativas, a partir dos conhecimentos que adquirimos neste estudo, é possível afirmar que a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo nos processos relativos ao Direito da saúde tem significado o exercício da cidadania, da “cidadania pela saúde” por aqueles que buscam a efetivação de tal direito junto à maior instância do Poder Judiciário capixaba.

Mesmo tendo chegado ao final da viagem a que nos propomos, ainda de dentro do trem que nos conduziu, podemos perceber que, apesar de ter sido longo o caminho que percorrermos e de termos completado o trajeto a que nos propomos, a estrada pela frente ainda vai longe, trazendo consigo outros preciosos conhecimentos que compõem a paisagem dessa rica estrada da História da saúde como direito fundamental no Brasil. Nosso desejo é que outros trens do conhecimento partam, refazendo o caminho que palmilhamos, seguindo do ponto em que paramos ou adotando trajetos diversos com o mesmo destino. Por tudo, em nós fica a sensação de termos alcançado o objetivo proposto. Investigar o passado para colaborar com a compreensão do presente e a construção do futuro. Viva a História!

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Art. 1º, II – a cidadania. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118-120.
- A JUSTIÇA como remédio. **A Gazeta**, Vitória, 7 a 10 jan. 2018. Política, p. 22-25.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Método, 2010.
- ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- ATALLAH, Álvaro Nagib. Prefácio. In: SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015.
- AXT, Gunter. Considerações sobre a autonomia do Poder Judiciário na história nacional. **Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. 27, v. 4, t.1, p. 369-379, dez. 2001.
- AZEVEDO, Crislane Barbosa de; STAMATTO, Maria Inês Sucupira. Historiografia, processo de ensino-aprendizagem e ensino de História. **Revista Metáfora Educacional**, n. 9, p. 70-89, dez. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.oab.org/oabeditora/users/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 30 dez. 2017.
- BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2006.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia on: Bíblia sagrada online**. Versão completa e gratuita da Bíblia online. 7 graus, 2009-2017. Disponível em: <www.bibliaon.com>. Acesso em: 30 jul. 2017.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Vavy Pacheco. **O que é história**. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. A escola dos Annales. In: _____. **As escolas históricas**. Lisboa: Europa América, 1990, p. 102-121.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **Direito à saúde**. Brasília, 2015a. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/DIREITO-A-SAUDE.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 27**, de 28 de novembro de 1985. Altera dispositivos da Constituição Federal. Brasília, 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1980-1987/emendaconstitucional-27-28-novembro-1985-364973-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015b. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília. DF. Congresso Nacional, 1990a. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990b. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional, 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional, 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.156**, de 8 de março de 1904. Dá novo regulamento aos serviços sanitários a cargo da União. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1904. Disponível em: <www.legis.senado.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. 17 a 21 de março de 1986. Disponível em: <www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31**, de 30 de março de 2010. Recomenda aos tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília, 2010a. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107**, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, 2010b. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 238**, de 6 de setembro de 2016. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública. Brasília, 2016a. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017a. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília, 2016b. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. Conselho dos Tribunais de Justiça. 126 anos dedicados ao aprimoramento da Justiça no ES. **Revista do Conselho dos Tribunais de Justiça**. Ed. 13, ano IV, mar. 2017b, p. 60-66. Disponível em: <www.tjmg.jus.br/institucional/Revista-do-Conselho-13.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. **Cronologia histórica da saúde**. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/site/museu-da-funasa/cronologia-historica-da-saude-publica/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 3**, de 13 de abril de 2017. Dispõe sobre a dedutibilidade das despesas com alimentação e plano de saúde fornecidos indistintamente pelo empregador a todos os seus empregados. Brasília, DF: Receita Federal do Brasil, 2017c. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BURKE, Peter. **A escola dos Annales**: a revolução francesa da historiografia. 2. ed. São Paulo: Editora da UNESP, 2010.

CAMPOS, Adriana Pereira. **Nas barras dos tribunais**: direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX. 2003. 278 fl. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CARVALHO, Diana Maul de. História das doenças e epidemiologia: encontros e desencontros. In: FRANCO, Sebastião Pimentel; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres (Org.). **Uma História brasileira das doenças**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2016. p. 23-52. v. VI.

CARVALHO, Keila. **A saúde pelo progresso**: a regulamentação do trabalho médico no governo Vargas (Minas Gerais, 1930-1940). Rio de Janeiro: Multifoco, 2015.

CASTRO, Hebe. História Social. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Org.). **Domínios da História**: ensaios de teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 45-59.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**: geral e do Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERTEAU, Michel de. **A escrita da história**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

CHALHOUB, Sidney. Prefácio. In: SAMPAIO, Gabriela dos Reis. **Nas trincheiras da cura**: as diferentes medicinas no Rio de Janeiro imperial. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo. Atlas, 2012.

ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; EDLER, Flávio Coelho. In: LIMA, Nísia Trindade et al. (Org.). **Saúde e democracia**: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 59-81.

ESPÍRITO SANTO. Constituição. **Constituição do Estado do Espírito Santo**. Vitória, 1989. Disponível em: <www.al.es.gov.br>. Acesso em: 6 jan. 2018

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Ato Normativo nº 111**, de 30 de agosto de 2017. Reformula a Composição do Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional da Saúde no Estado do Espírito Santo. Disponível em: <www.tjes.jus.br>. Acesso em: 6 jan. 2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Institucional**: desembargadores. Disponível em: <www.tjes.jus.br/institucional/desembargadores>. Acesso em: 6 jan. 2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Ementário de jurisprudência**. Ano XII, 1º Semestre/1991, n. 1 a n. 6. Vitória: Fangraf, 1991.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Ementário de jurisprudência**. Ano XV: 1º Semestre/1995, n. 1 a n. 6. Vitória: Ciência Jurídica, 1996.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Ementário de jurisprudência**. 1º e 2º Semestres/1998, n. 1 a n. 12. Vitória: Ciência Jurídica, 1999a.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Ementário de jurisprudência**. 1º e 2º Semestres/1999, n. 1 a n. 12. Vitória: Sodré, 1999b.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Ementário de jurisprudência**. Vol. LIV – 1999 e Vol. LV – 2000. Vitória: Sodré, 2001a.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Ementário de jurisprudência**. 1º e 2º Semestre de 2001, n. 1 a n. 12. Vitória: Sodré, 2001b.

EUGÊNIO, Alisson. **Arautos do progresso**: o ideário médico sobre a saúde pública no Brasil na época do império. Bauru: Edusc, 2012.

FALLEIROS, Ialê et al. A constituinte e o sistema único de saúde. In: PONTE, Carlos Fidelis; FALLEIROS, Ialê. (Org.). **Na corda bamba de sombrinha**: a saúde no fio da história. Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Casa Oswaldo Cruz, 2010, p. 237-276.

FARIA, Lina; SANTOS, Luiz Antônio de Castro. **Saúde e história**. São Paulo: Hucitec, 2010.

FARIAS, Márcio de Almeida. **Judicialização da saúde**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FAZENDA, Ivani A. **Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro**: efetividade ou ideologia. São Paulo: Loyola, 1979.

FAZENDA, Ivani A. **Interdisciplinaridade**: história, teoria e pesquisa. São Paulo: Papirus, 1994.

FEBVRE, Lucien. Prefácio a Charles Morazé. *Trois essais sur histoire et culture*. **Cahiers des Annales**, Paris, v. 2, p. viii. 1948.

FERREIRA, Jorge (Org.). **O populismo e sua história**: debate e crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003.

FRANCO, Sebastião Pimentel. **O terrívelíssimo mal do Oriente**: o cólera na província do Espírito Santo (1855-1856). Vitória: EDUFES, 2015.

FOUCAULT, Michel. O nascimento da medicina social. In: _____. **Microfísica do poder**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2010.

FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 29-47.

GHIRALDELLI JR., Paulo. **História da educação**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana**. Petrópolis: Vozes, 1975.

GOMES, Ângela de Castro. **Capanema**: o ministro e seu ministério (Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

GRAZZIOTTI, Marinete Simões. **Dever do Estado e direito do cidadão**: as políticas públicas no governo varguista no Espírito Santo (1930-1945). 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2006.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na Antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 29-47.

GURGEL, Antônio de Pádua (Coord.). **A história da justiça no Espírito Santo**: da República Velha à era da cidadania. Vitória: Pro Texto Comunicação e Cultura, 2014. v. II.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento**. São Paulo: Hucitec, 1998.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. Tradução de Claudio Carina. Revisão técnica de Luísa Velentini. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INTERDISCIPLINAR. In: DICIONÁRIO do Aurélio. Publicado em 24 set. 2016. Atualizado em 27 fev. 2017. Disponível em: <www.dicionariodoaurelio.com.br/interdisciplinar>. Acesso em: 16 jul. 2017.

JANTSCH, Ari Paulo; BIANCHETTI, Lucídio (Org.). **Interdisciplinaridade**: para além da filosofia do sujeito. Petrópolis: Vozes, 1995.

KODAMA, Kaori. Antiescravidão e epidemia: “O tráfico dos negros considerado como causa da febre amarela”, de Mathieu François Maxime Audouard, e o Rio de Janeiro em 1850. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, abr./jun. 2009, p. 515-522.

LALONDE, Marc. **A new perspective on the health of Canadians**. Canadá: Minister of Suplly and Services, 1981.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado liberal**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Nísia Trindade; FONSECA, Cristina Maria Oliveira; HOCHMAN, Gilberto. A saúde na construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, Nísia Trindade et al. (Org.) **Saúde e democracia**: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 27-58.

LUNA, Lara. “Fazer viver e deixar morrer”: a má fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé et al. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 305-327.

MARIOTT, Emma. **A história do mundo para quem tem pressa**. Rio de Janeiro: Valentina, 2017.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das políticas e do sistema de saúde no Brasil. In: FINKELMAM, Jacobo (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002, p. 236-313.

MERHY, Emerson Elias. **A saúde pública como política**: um estudo de formuladores de políticas. São Paulo: Hucitec, 1992.

NOGUEIRA, André. O cólera no Espírito Santo pela lente do Correio da Vitória (1855-1856) ou quando as epidemias viram notícia. In: FRANCO, Sebastião Pimentel; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres (Org.). **Uma História brasileira das doenças**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2016. p. 223-245. v. VI.

PÁTARO, Ricardo F.; BOVO, Marcos C. A interdisciplinaridade como possibilidade de diálogo e trabalho coletivo no campo da pesquisa e da educação. **Revista NUPEM**, Campo Mourão, v. 4, n. 6, p. 45-63, jan./jul. 2012.

PEREIRA NETO, André de Faria. **Ser médico no Brasil**: o presente no passado. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

RISI JÚNIOR, João Baptista et al. As condições de saúde no Brasil. In: FINKELMAM, Jacobo (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002, p. 118-234.

ROSENBERG, Charles E. The tyranny of diagnosis: specific entities and individual experience. **The Milbank Quartely**, Malden, Massachusetts, v. 80, n. 2, p. 237-260, 2002.

ROSENBERG, Charles E. **The cholera years: the United States in 1832, 1849 and 1866**. Chicago: University Press, 1995.

ROUQUAYROL, Maria Zélia; GOLDBAUM, Moisés. Epidemiologia, história natural e prevenção de doenças. In: ROUQUAYROL, Maria Zélia; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **Epidemiologia & Saúde**. 6. ed. Rio de Janeiro: Medsi, 2003, p.17-35.

SAMPAIO, Gabriela dos Reis. **Nas trincheiras da cura**: as diferentes medicinas no Rio de Janeiro imperial. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

SANTOS, Estilague Ferreira dos; GURGEL, Antônio de Pádua. (Coord.) **A história da justiça no Espírito Santo**: do Tribunal da Inquisição ao Tribunal de Justiça. Vitória: Pro Texto Comunicação e Cultura, 2014. v. I.

SANTOS, Milton. Região: globalização e identidade. In: LIMA, Luiz Cruz. (Org.). **Conhecimento e reconhecimento: uma homenagem ao geógrafo cidadão do mundo**. Fortaleza: Eduece, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013a, p. 533-548.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 196. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013b, p. 1931-1937.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SEVCENKO, Nicolau. **A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes**. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Anny Jackeline Torres. As controvérsias médicas sobre a *influenza* ou gripe, e as reações das autoridades sanitárias durante a manifestação da pandemia de 1918. In: FRANCO, Sebastião Pimentel; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres (Org.). **Uma História brasileira das doenças**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015. p. 51-72. v. 5.

SKINNER, Quentin. **Visões da política: sobre os métodos históricos**. Cambridge Press, 2002. 103-127; Lisboa: Difel, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Constitucionalismo democrático e governo das razões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Cidadania, Direitos Sociais e Estado. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., 1986, Brasília. **Anais...** Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1986, p. 97-112.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, “positivação” do direito natural e história. Justiça e Cidadania. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro. v. 9. n. 18, p. 263-281, 1997.

VILLAR, Pierre. **História do Direito: história total**. São Paulo: Educ, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Prefácio. In: SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015.